

## Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	21
<b>§ 1 Einführung</b>	23
I. Einleitung	23
II. Gang der Untersuchung	25
<b>§ 2 Aufnahme der Schwerbehinderung als viertes Pflichtkriterium in § 1 Abs. 3 KSchG</b>	27
I. Entwicklung der Berücksichtigung der Schwerbehinderung im Rahmen der Sozialauswahl in Gesetz und Rechtsprechung	27
II. Problematik der verfassungsrechtlichen Erforderlichkeit des Kriteriums „Schwerbehinderung“	32
III. Vorschläge zur Reformierung des Sonderkündigungsschutzes nach dem SGB IX	53
<b>§ 3 Voraussetzungen für die Berücksichtigung des Kriteriums „Schwerbehinderung“</b>	59
I. Begriff der „Schwerbehinderung“ in § 1 Abs. 3 KSchG	59
II. Vergleichbarkeit von schwerbehinderten und gleichgestellten Arbeitnehmern	66
III. Tatbestandsvoraussetzungen zur Feststellung der Vergleichbarkeit	74
IV. Schwerbehinderung/Gleichstellung des kündigungsbedrohten Arbeitnehmers	91
<b>§ 4 Problematik der Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung</b>	98
I. Kenntnis des Arbeitgebers in bestehenden Arbeitsverhältnissen	98
II. Problematik der Erkundigungspflicht des Arbeitgebers im Rahmen der Sozialauswahl	107

<b>§ 5 Durchführung der Auswahlentscheidung</b>	141
I. Beendigungskündigungen im Anwendungsbereich des KSchG	141
II. Änderungskündigungen im Anwendungsbereich des KSchG	151
III. Herausnahme aus der Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG	157
IV. Kündigungen in der Insolvenz	165
V. Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung	171
<b>§ 6 Berücksichtigung der Schwerbehinderung außerhalb des KSchG</b>	179
I. Konkurrenz eines schwerbehinderten Arbeitnehmers in der Wartezeit mit anderen vom KSchG erfassten Arbeitnehmern	179
II. Berücksichtigung der Schwerbehinderung im Kleinbetrieb	185
III. Auswahl zwischen mehreren Arbeitnehmern in der Wartezeit	190
<b>§ 7 Konkurrenz des Sonderkündigungsschutzes nach dem SGB IX mit dem des § 15 KSchG</b>	191
I. Sinn und Zweck des Schutzes nach § 15 KSchG	191
II. Frage nach dem Bestehen einer Freikündigungs pflicht	192
III. Auflösung der Konkurrenzsituation	194
IV. Betriebsratsmitglied im Nachwirkungszeitraum nach § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG	200
V. Rechtslage bei Ersatzmitgliedern	202
<b>§ 8 Problematik der Freikündigung von Arbeitsplätzen zugunsten erst noch einzustellender schwerbehinderter Arbeitnehmer</b>	203
I. Bejahung einer einschränkungslosen Freikündigungs möglichkeit	203
II. Wandlung der Rechtsprechung des BAG	204
III. Ablehnung einer Freikündigungs möglichkeit	204
IV. Ergebnis	207
<b>§ 9 Zusammenfassung</b>	209
Literaturverzeichnis	213
Stichwortverzeichnis	225

# **Inhaltsverzeichnis**

Abkürzungsverzeichnis	21
<b>§ 1 Einführung</b>	23
I. Einleitung	23
II. Gang der Untersuchung	25
<b>§ 2 Aufnahme der Schwerbehinderung als viertes Pflichtkriterium in § 1 Abs. 3 KSchG</b>	27
I. Entwicklung der Berücksichtigung der Schwerbehinderung im Rahmen der Sozialauswahl in Gesetz und Rechtsprechung	27
1. Weitestgehend Kündigungsfreiheit bis 1914	27
2. Erste Festlegung von Auswahlkriterien nach 1918	27
3. Ausweitung der Kriterien im Betriebsrätegesetz von 1920	28
4. Generalklausel auch im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit ab 1934	28
5. Generalklausel ab dem Kündigungsschutzgesetz von 1951	29
6. Beschränkung auf drei Grunddaten ab 1996	30
7. Erneut Geltung einer Generalklausel ab 1999	31
8. Ausdrückliche Nennung des Kriteriums „Schwerbehinderung“ ab 01.01.04	31
II. Problematik der verfassungsrechtlichen Erforderlichkeit des Kriteriums „Schwerbehinderung“	32
1. Ablehnung einer verfassungsrechtlichen Erforderlichkeit	32
2. Befürwortung einer verfassungsrechtlichen Erforderlichkeit	34
3. Zwischenergebnis	36
4. Arbeitsrechtliche Prüfungskompetenz des Integrationsamts	37
a. Freie Ermessensentscheidung des Integrationsamts	37
aa. Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts	37
bb. Lediglich Offensichtlichkeitsprüfung durch das Integrationsamt	39

cc.	Summarische Überprüfung durch das Integrationsamt	41
dd.	Umfassende Überprüfung durch das Integrationsamt	42
ee.	Stellungnahme	42
b.	Gebundene Ermessensentscheidung nach § 89 Abs. 1, S. 2, 3 Alt. 1 SGB IX	45
aa.	Einbeziehung nur von freien Arbeitsplätzen	45
bb.	Einbeziehung auch von bereits besetzten Arbeitsplätzen	46
cc.	Durchführung einer umfassenden Sozialauswahl	47
dd.	Bloße Offensichtlichkeitsprüfung	47
c.	Zwischenergebnis	48
5.	Bedeutung der grundrechtlichen Schutzpflichten	48
a.	Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG	50
b.	Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	50
6.	Bestimmung des geforderten Mindestschutzes	51
III.	Vorschläge zur Reformierung des Sonderkündigungsschutzes nach dem SGB IX	53
1.	Abschaffung des Sonderkündigungsschutzes	54
2.	Ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte	55
3.	Anhörungsverfahren analog § 102 BetrVG	56
4.	Zustimmungsersetzungsverfahren analog § 103 BetrVG	56

### **§ 3 Voraussetzungen für die Berücksichtigung des Kriteriums „Schwerbehinderung“**

I.	Begriff der „Schwerbehinderung“ in § 1 Abs. 3 KSchG	59
1.	Grad der Behinderung von mindestens 50	59
a.	Definition der Schwerbehinderung im SGB IX	59
b.	Erforderlichkeit der behördlichen Feststellung für § 1 Abs. 3 KSchG?	59
c.	Vorliegen eines Grades der Behinderung von 50 ausreichend?	60
2.	Berücksichtigung der Gleichstellung nach dem SGB IX	61
a.	Gleichstellung nach §§ 2 Abs. 3, 68 Abs. 2, 3 SGB IX	61
aa.	keine Einbeziehung in § 1 Abs. 3 KSchG	61
bb.	Befürwortung einer Einbeziehung in § 1 Abs. 3 KSchG	62
b.	Gleichstellung nach § 68 Abs. 4 SGB IX	63
c.	Rechtschutz des Arbeitgebers gegen eine zuerkannte Gleichstellung	64
aa.	Befürwortung von Rechtsschutzmöglichkeiten	64
bb.	Ablehnung von Rechtsschutzmöglichkeiten	65

II.	Vergleichbarkeit von schwerbehinderten und gleichgestellten Arbeitnehmern	66
1.	Die herrschende Meinung in der Literatur	67
2.	Differenzierende Ansicht in den Fällen des § 89 Abs. 1 SGB IX	68
3.	Grundsätzliche Pflicht zur Einbeziehung	69
4.	Grundsätzliche Einbeziehung aufgrund der neuen Rechtslage ab 01.01.2004	70
5.	Zumindest generelle Antragsobliegenheit des Arbeitgebers	71
6.	Stellungnahme	72
III.	Tatbestandsvoraussetzungen zur Feststellung der Vergleichbarkeit	74
1.	Ausnahmen nach § 90 Abs. 1 Nr. 2, 3, Abs. 2 SGB IX	74
a.	§ 90 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX	74
b.	§ 90 Abs. 1 Nr. 3 a, b SGB IX	74
c.	§ 90 Abs. 2 SGB IX	77
2.	Erforderlichkeit der Zustimmung nach § 85 SGB IX	79
a.	Ausdrückliche Zustimmung	79
aa.	Ausdrückliche Zustimmung im Fall des § 88 Abs. 3 SGB IX	79
bb.	Ausdrückliche Zustimmung in den Fällen der § 89 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 SGB IX	80
cc.	Zeitliche Grenze der Vergleichbarkeit aufgrund § 88 Abs. 3 SGB IX	81
	(1) Antrag eines Arbeitnehmers auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung	81
	(2) Möglichkeit einer Kündigung bei Gewährung vorläufigen Rechtschutzes	85
b.	Fingierte Zustimmung nach § 88 Abs. 5 Satz 2 SGB IX	87
aa.	§ 89 Abs. 1 S. 1 SGB IX	88
bb.	§ 89 Abs. 3 SGB IX	89
cc.	Zeitpunkt des Kündigungsaußspruchs	90
c.	Erteilung eines Negativatests durch das Integrationsamt	91
IV.	Schwerbehinderung/Gleichstellung des kündigungsbedrohten Arbeitnehmers	91
1.	Problematik der Benachteiligung wegen einer Schwerbehinderung	92
2.	Anspruch des schwerbehinderten/gleichgestellten Arbeitnehmers auf Versetzung?	93
a.	Anspruch auf Durchführung eines Verfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG	94

b.	In der Regel Unzumutbarkeit des Verfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG	95
c.	Ergebnis	96
<b>§ 4 Problematik der Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung</b>		<b>98</b>
I.	Kenntnis des Arbeitgebers in bestehenden Arbeitsverhältnissen	98
1.	Fragerecht des Arbeitgebers bei der Einstellung	98
a.	Zulässigkeit eines tätigkeitsneutralen Fragerechts des Arbeitgebers	98
b.	Wandel in der Ansicht der Literatur zum tätigkeitsneutralen Fragerecht	100
c.	Frage nach einer Schwerbehinderung zum Zweck der Eingliederung	102
2.	Offenbarungspflicht des schwerbehinderten Arbeitnehmers bei der Einstellung	103
3.	Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers nach der Einstellung	104
II.	Problematik der Erkundigungspflicht des Arbeitgebers im Rahmen der Sozialauswahl	107
1.	Ermittlungspflicht des Arbeitgebers	107
2.	Mitteilungspflicht des Arbeitnehmers	108
3.	Übertragung der Grundsätze des § 90 Abs. 2 a SGB IX	109
4.	Übertragung der Mitteilungsobliegenheit entsprechend der Grundsätze des SGB IX	109
5.	Stellungnahme	110
a.	Strittige Auslegung des § 90 Abs. 2 a SGB IX	110
aa.	Frage der Anwendbarkeit auf Gleichgestellte	110
bb.	Bestimmung des Begriffs „Nachweis“	112
(1)	Mitteilung gegenüber dem Arbeitgeber erforderlich?	112
(2)	Keine Nachweispflicht gegenüber dem Arbeitgeber	113
b.	Übertragung der Mitteilungsobliegenheit entsprechend der Grundsätze zum SGB IX	115
aa.	Rechtsprechung des BAG	115
bb.	Beibehaltung der bisherigen Frist	116
cc.	Zweiwöchige Frist analog § 9 MuSchG	116
dd.	Entfallen der Mitteilungsobliegenheit	117
ee.	Ergebnis	117
c.	Erkundigungspflicht auch bezüglich der Schwerbehinderung	119

6.	Offenkundigkeit der Schwerbehinderung	121
7.	Berücksichtigung einer bisher nur beantragten Schwerbehinderung	121
a.	Problematik der Offenheit des Ausgangs des Feststellungsverfahrens	122
aa.	Bedenken gegen die Berücksichtigung einer nur beantragten Schwerbehinderung	122
bb.	Erforderlichkeit der Berücksichtigung einer nur beantragten Schwerbehinderung	122
	(1) Rechtsprechung des BAG	122
	(2) Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	123
	(3) Wertungsspielraum des Arbeitgebers	123
	(4) Übertragung der Grundsätze aus dem SGB IX	124
b.	Geltung des Sonderkündigungsschutzes bei Antragsstellung vor Kündigungszugang und stattgebendem Bescheid nach Kündigungszugang	125
aa.	§ 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX als Bestimmung einer Vorfrist	125
bb.	Ablehnung einer „Vorfrist“	127
cc.	Ergebnis	128
c.	Geltung des Sonderkündigungsschutzes bei Antragsstellung vor Kündigungszugang und stattgebendem Bescheid erst im Widerspruchs- oder Klageverfahren	131
8.	Ablehnung der Anerkennung einer Schwerbehinderung vor Kündigungszugang	131
a.	Anerkennung im Widerspruchs- oder Klageverfahren	132
aa.	Anwendung des § 90 Abs. 2 a SGB IX nur auf das Erstverfahren	132
bb.	Anwendung des § 90 Abs. 2 a SGB IX über das Erstverfahren hinaus	133
b.	Antrag nach § 44 SGB X	135
9.	Vorgehen bei Unklarheit über Geltung des Sonderkündigungsschutzes	137
10.	Weder Feststellung noch Beantragung einer Schwerbehinderung vor Kündigungszugang	138
a.	Berücksichtigung bei § 1 Abs. 3 KSchG	138
b.	Geltung des Sonderkündigungsschutzes	139
11.	Zeitlich gestaffelter Gleichstellungs- und Verschlimmerungsantrag	139

<b>§ 5 Durchführung der Auswahlentscheidung</b>	141
I. Beendigungskündigungen im Anwendungsbereich des KSchG	141
1. Auswahlentscheidung nach § 1 Abs. 3 KSchG	141
a. Frage nach der Gewichtung des Kriteriums „Schwerbehinderung“	141
aa. Vorrang des Kriteriums „Betriebszugehörigkeit“	141
bb. Gleichrangigkeit aller Kriterien	142
cc. Nachrangigkeit der Schwerbehinderung	142
dd. Stellungnahme	143
b. Relevante Aspekte bei Bewertung der Schwerbehinderung	144
c. Wertungsspielraum des Arbeitgebers im konkreten Einzelfall	145
d. Berücksichtigung der Schwerbehinderung/Gleichstellung bei Verwendung eines eigenen Punkteschemas des Arbeitgebers	145
aa. Bewertung der Schwerbehinderung	146
bb. Bewertung der Gleichstellung	147
2. Auswahlentscheidung nach § 1 Abs. 4 KSchG	148
3. Auswahlentscheidung nach § 1 Abs. 5 SGB IX	149
II. Änderungskündigungen im Anwendungsbereich des KSchG	151
1. Anwendbarkeit von § 1 Abs. 3 KSchG	151
a. Bestimmung der Prüfungskriterien	151
aa. Bisherige Rechtsprechung	151
bb. Besondere Berücksichtigung weiterer Kriterien	152
cc. Änderung der bisherigen Prüfung	153
b. Gewichtung der Schwerbehinderung/Gleichstellung	154
c. Eigenes Punkteschema des Arbeitgebers bei § 1 Abs. 3 KSchG	156
2. Anwendbarkeit von § 1 Abs. 4 KSchG	156
3. Anwendbarkeit von § 1 Abs. 5 KSchG	157
III. Herausnahme aus der Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG	157
1. Prüfungsreihenfolge	158
2. Mittelbare Diskriminierung durch Leistungsträgerklausel?	160
3. Beschäftigungsquote schwerbehinderter Arbeitnehmer als Unterfall einer ausgewogenen Personalstruktur nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG	161

<b>IV. Kündigungen in der Insolvenz</b>	<b>165</b>
1. Beendigungskündigungen	165
a. Problematik der Verfassungsmäßigkeit des § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO	166
aa. Ablehnung von verfassungsrechtlichen Bedenken	166
bb. Verfassungsrechtliche Erforderlichkeit der Aufnahme der Schwerbehinderung	166
cc. Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung (1) Möglichkeit verschiedener Deutungen	168
(2) Schwerbehinderung als zwingendes Kriterium?	169
b. Problematik der Verfassungsmäßigkeit des § 126 Abs. 1 S. 2 InsO	170
c. Schaffung oder Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur	170
2. Änderungskündigungen in der Insolvenz	171
<b>V. Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung</b>	<b>171</b>
1. Beteiligung keine Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung	172
2. Beteiligung als Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung	174
3. Stellungnahme	176

<b>§ 6 Berücksichtigung der Schwerbehinderung außerhalb des KSchG</b>	<b>179</b>
I. Konkurrenz eines schwerbehinderten Arbeitnehmers in der Wartezeit mit anderen vom KSchG erfassten Arbeitnehmern	179
1. Gleichlauf der Fristen nach § 1 Abs. 1 KSchG und § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX	179
2. Vorrangige Kündigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers in der Wartezeit	181
3. Durchführung einer Auswahlentscheidung	182
4. Stellungnahme	184
II. Berücksichtigung der Schwerbehinderung im Kleinbetrieb	185
1. Prüfungsumfang des Integrationsamts	185
2. Durchführung der Auswahlentscheidung	186
a. Feststellung der Vergleichbarkeit	187
b. Berücksichtigung der Schwerbehinderung als Kriterium	188

aa.	Evident höheres Schutzbedürfnis	188
bb.	Gefahr der mittelbaren Diskriminierung	189
III.	Auswahl zwischen mehreren Arbeitnehmern in der Wartezeit	190
<b>§ 7 Konkurrenz des Sonderkündigungsschutzes nach dem SGB IX mit dem des § 15 KSchG</b>		191
I.	Sinn und Zweck des Schutzes nach § 15 KSchG	191
II.	Frage nach dem Bestehen einer Freikündigungspflicht	192
1.	Ablehnung einer Freikündigungspflicht	192
2.	Befürwortung einer Freikündigungspflicht	193
III.	Auflösung der Konkurrenzsituation	194
1.	Absoluter Vorrang des Betriebsratsmitglieds	195
2.	In der Regel Vorrang des Betriebsratsmitglieds	196
3.	Durchführung einer Interessenabwägung	197
4.	Absoluter Vorrang des schwerbehinderten Arbeitnehmers	198
5.	Stellungnahme	198
IV.	Betriebsratsmitglied im Nachwirkungszeitraum nach § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG	200
1.	Absoluter Vorrang der nach § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG geschützten Personen	201
2.	Ablehnung einer Freikündigungspflicht	201
V.	Rechtslage bei Ersatzmitgliedern	202
<b>§ 8 Problematik der Freikündigung von Arbeitsplätzen zugunsten erst noch einzustellender schwerbehinderter Arbeitnehmer</b>		203
I.	Bejahung einer einschränkungslosen Freikündigungsmöglichkeit	203
II.	Wandlung der Rechtsprechung des BAG	204
III.	Ablehnung einer Freikündigungsmöglichkeit	204
1.	Die herrschende Meinung in der Literatur	204
2.	Rechtsprechung des BVerwG	206
IV.	Ergebnis	207

<b>§ 9 Zusammenfassung</b>	209
Literaturverzeichnis	213
Stichwortverzeichnis	225