HUSS-MEDIEN GmbH · Berlin | www.arbeit-und-arbeitsrecht.de

AuA Arbeit und Arbeitsrecht

Personal | Praxis | Recht

11

A 08514
80. Jahrgang
November 2025

Sonderkündigungsschutz

Korruption und Schmiergeld im Unternehmen

Arbeitszeiterfassung im Überstundenprozess

Standortverlagerung ins Ausland

© Katja Hentschel

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

dieses Mal möchte ich die Gelegenheit nutzen und Ihnen danken. Danke, dass Sie sich die Zeit nehmen und auf Qualität setzen, Qualität in gedruckter Form. Denn in einer Welt flüchtiger Klicks, Likes und endloser Feeds bleibt das Printmedium ein Ort der Konzentration. Gedruckte Magazine (und Zeitungen) zwingen uns im positiven Sinne, langsamer zu lesen – bewusster zu denken. Sie stehen zugleich für Glaubwürdigkeit, Sorgfalt und Tiefe. Wer eine Seite umblättert, schenkt sich selbst Aufmerksamkeit, keine Sekunde Ablenkung. Gedrucktes Papier schafft Vertrauen, wo sonst digitale Schnelllebigkeit herrscht. Und dennoch ist es kein Widerspruch zur Digitalisierung, sondern ihr Gegengewicht – ein Medium, das Bestand hat, wenn man am Bildschirm längst weiterscrollt.

Nichtsdestotrotz kommt es natürlich auch darauf an – auf den berühmten Einzelfall. Es kommt darauf an, wie Ihre Gewohnheiten sind, wann, wo und wie Sie Zeit finden, Informationen aufzunehmen und Muße haben, Neues zu entdecken. Und so ist es eben auch kein Widerspruch, wenn wir hier einerseits ein Loblied auf die geliebten Printprodukte singen und gleichzeitig unsere digitalen Angebote preisen. Denn auch auf diese sind wir stolz, sei es etwa unsere Website, das Rechtsprechungsarchiv, unseren Weekly Briefing genannten Newsletter oder den Podcast sowie die zahlreichen (meist digitalen) Veranstaltungsformate. Denn am Ende des Tages gilt: Sie entscheiden flexibel – je nach Tagesform und aktuellem Bedürfnis – wie die Informationen zu Ihnen gelangen, schließlich ist es das, worauf es am Ende ankommt. In diesem Sinne: keep reading!

Andreas Krabel, Chefredakteur

PUBLIZISTISCHER BEIRAT

Prof. Dr. Frank Maschmann, Sprecher des Beirats, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht, Universität Regensburg und Karls-Universität Prag | **Dr. Deniz C. Akitürk,** Rheinmetall AG, Senior Vice President Special Projects, Düsseldorf | **Dorit Engel,** Deutsche Bank AG, Senior Counsel Employment Law/Director, Frankfurt am Main | **Michael Fritz,** Vorstand Personal der DB Cargo AG in Mainz | **Valerie Holsboer,** ehem. Bundesagentur für Arbeit, Vorstand Ressourcen, Nürnberg | **Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Hromadka,** Universität Passau und Karls-Universität Prag | **Dr. Philipp Klarmann,** SAP SE, Chief Legal Counsel – Integrated Regulatory Office, Walldorf | **Dr. Jan Lessner-Sturm,** Metro AG, Director Labour Relations Germany & Labour Law, Düsseldorf | **Nils Meurer,** Rechtsanwalt und Partner, Brüggemann und Hinners, Hamburg | **Sascha Pessinger,** Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt | **Dirk Pollert,** Verband der Metall- und Elektro-Unternehmen Hessen e. V., Vereinigung der hessischen Unternehmerverbände e. V., Hauptgeschäftsführer, Frankfurt am Main | **Dr. Andreas Richert,** Bertelsmann SE & Co. KGaA, Leiter Arbeitsrecht und Koordination Personalarbeit Inland, Gütersloh | **Mark Rüther,** DFS Deutsche Flugsicherung GmbH, Leiter Tarifwesen, Bad Honnef | **Dr. Uwe Schirmer,** Robert Bosch GmbH, Leitender Direktor a. D., Stuttgart | **Ingo Schöllmann,** Arbeitgeberverband für Telekommunikation und IT e. V., Hauptgeschäftsführer, Bonn | **Prof. Dr. Rainer Sieg,** Rechtsanwalt, Honorarprofessor, Universität Passau | **Sven Spieler,** Personalleiter, Roche Diagnostics GmbH, Mannheim und Penzberg | **Prof. Dr. Thomas Steger,** Lehrstuhl für Betriebswirtschaftslehre, insb. Führung und Organisation, Universität Regensburg | **Hans Peter Viethen,** Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Ministerialdirektor a. D., Bonn und Berlin | **Boris Wein,** Geschäftsführer Tarif- und Arbeitsmarktpolitik, Arbeitgeberverband Chemie und verwandte Industrien für das Land Hessen e. V.

huss

HUSS-MEDIEN GmbH | 10400 Berlin

Redaktion: Telefon 030 42151-445 | Anzeigen: Telefon 030 42151-238 | Leserservice: Telefon 030 42151-325 | www.leserservice.hussmedien.de | **www.arbeit-und-arbeitsrecht.de**

Fragerechte und Offenbarungspflichten

Sonderkündigungsschutz

Bestimmte Arbeitnehmergruppen genießen über den allgemeinen Kündigungsschutz hinausgehenden Sonderkündigungsschutz. Dieser ist an besondere Voraussetzungen geknüpft. Hierzu kann auch gehören, dass die betroffenen Arbeitnehmer dem Arbeitgeber rechtzeitig das Vorliegen eines Sonderkündigungstatbestands bzw. die zugrundeliegenden Umstände mitteilen.

In diesem Beitrag soll es um diese Mitwirkung gehen. Betrachtet werden dabei

- schwangere Arbeitnehmerinnen,
- schwerbehinderte Menschen und
- Initiatoren einer Betriebsratswahl.

Allen drei Gruppen ist gemeinsam, dass der Arbeitgeber aus eigener Wahrnehmung einen Sonderkündigungsschutz nicht ohne Weiteres ohne dahingehende Mitteilung des betroffenen Arbeitnehmers erkennen kann. Daher sollen hier die dogmatischen Grundlagen und die aktuelle Rechtsprechung zu Fragerechten und Offenbarungspflichten im Zusammenhang mit Schwerbehinderung, Schwangerschaft und Vorfeldinitiatoren einer Betriebswahl (soweit vorhanden) beleuchtet und in das System des Sonderkündigungsschutzes eingeordnet werden.

FRAGERECHT UND OFFENBARUNGSPFLICHTEN IM FALLE EINER SCHWERBEHINDERUNG

Begonnen werden soll mit dem Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte und dabei zunächst mit der Frage, in welchem Umfang der Arbeitgeber nach einer Schwerbehinderung im laufenden Arbeitsverhältnis fragen darf. Das hängt vom konkreten Anlass ab. Grundsätzlich gilt, dass der Arbeitgeber solche Fragen stellen darf, für die ein legitimer Grund vorliegt, der die Relevanz der Informationen für die Beschäftigung oder die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten rechtfertigt. Fehlt dieser Anlass, ist die Frage unzulässig. Ein legitimer Grund könnte sich daraus ergeben, dass ein unmittelbarer Tätigkeitsbezug besteht. Ob ein Arbeitnehmer eine bestimmte Tätigkeit ausüben kann, wird regelmäßig nicht von der Eigenschaft als Schwerbehinderter abhängen. Ein Tätigkeitsbezug kann sich aber wegen einer Behinderung selbst ergeben, die es dem Arbeitnehmer nicht möglich macht, bestimmte Tätigkeiten (weiterhin) auszuüben. Ob ein behinderter Arbeitnehmer einen Antrag auf Feststellung der Behinderung und den Grad dieser Behinderung gestellt hat, ist hierfür nicht relevant.

Bei einer bevorstehenden Kündigung kann der Arbeitgeber jedoch ein rechtliches Interesse daran haben, die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers zu erfahren. Die Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderung im bestehenden Arbeitsverhältnis kann, jedenfalls nach sechsmonatigem Bestand des Arbeitsverhältnisses (Erfüllung der Wartezeit gem. § 1 KSchG), zulässig sein, um dem Arbeitgeber ein rechtstreues Verhalten zu ermöglichen. Den Arbeitgeber treffen gegenüber schwerbehinderten Arbeitnehmern besondere Rechtspflichten, etwa

- die Pflicht zur behinderungsgerechten Beschäftigung gem. § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX,
- die Zahlung einer Ausgleichsabgabe bei Unterschreiten der gesetzlich vorgesehenen Beschäftigungsquote hinsichtlich schwerbehinderter Menschen gem. § 160 SGB IX und
- Gewährung von Zusatzurlaub gem. § 208 SGB IX.

Im Falle einer betriebsbedingten Kündigung hat der Arbeitgeber eine bestehende Schwerbehinderung bei der Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG zu berücksichtigen. Nach Ablauf von sechs Monaten gilt der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen, § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB IX.

Der aus der Schwerbehinderung resultierende Sonderkündigungsschutz erfordert die vorherige Einholung einer Zustimmung zur Kündigung durch das Integrationsamt gem. § 168 SGB IX. Die Kenntnis des Arbeitgebers über eine Schwerbehinderteneigenschaft ist mithin notwendig, um den besonderen Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen zu wahren. Die Frage nach einer Schwerbehinderung steht somit im Zusammenhang mit der den Arbeitgeber hieraus treffenden Pflichtenbindung. Es besteht daher ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers. In einem solchen Zusammenhang stellt die Nachfrage nach der Schwerbehinderung keine Benachteiligung gem. § 164 Abs. 2 SGB IX dar, sondern dient dem Schutz des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber kann sich nur dann rechtstreu verhalten, wenn er über die Schwerbehinderteneigenschaft des Mitarbeiters unterrichtet ist. Eine Benachteiligung des betroffenen Arbeitnehmers gem. §§ 1, 7 AGG wegen seiner Behinderung besteht dann ebenfalls nicht. Auch datenschutzrechtliche Belange des Arbeitnehmers werden dadurch nicht verletzt (BAG, Urt. v. 16.2.2012 – 6 AZR 553/10).

Aus dem Fragerecht folgt auch, dass der Arbeitnehmer wahrheitsgemäß antwortet. Verneint der Arbeitnehmer eine zulässigerweise gestellte Frage nach einer möglichen Schwerbehinderung wahrheitswidrig, stellt sich die Frage nach der daraus resultierenden Rechtsfolge: Im Falle einer berechtigten konkreten Frage des Arbeitgebers nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung trifft den Arbeitnehmer eine Offenbarungspflicht. Er muss die Frage nach einer Schwerbehinderung wahrheitsgemäß beantworten. Verneint der schwerbehinderte Arbeitnehmer die Frage nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung im Vorfeld einer Kündigung wahrheitswidrig, ist es ihm im Kündigungsschutzprozess unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens verwehrt, sich auf seine Schwerbehinderteneigenschaft zu berufen (BAG, Urt. v. 16.2.2012 – 6 AZR 553/10). Dem Arbeitgeber entsteht durch die wahrheitswidrige Beantwortung einer berechtigten Frage nach einer Schwerbehinderung vor Ausspruch einer Kündigung aber kein Schaden. Kann sich der Arbeitnehmer nicht mehr auf seinen Sonderkündigungsschutz berufen, kann die Kündigung nicht an der fehlenden Zustimmung des Integrationsamtes scheitern. Auch scheidet eine Unwirksamkeit der Kündigung wegen einer (insoweit) fehlerhaften Sozialauswahl aus. Dem Arbeitgeber entstehen keine zusätzlichen Kosten, da eine zeitliche Verzögerung, die eine Nachholung des Zustimmungsverfahren und einer erneuten Kündigung und einer damit verbunden längeren Beschäftigungszeit verbunden wäre, nicht eintritt.

© allvision/stock.adobe.com

Fragt der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung nicht nach einer bestehenden Schwerbehinderung, stellt sich die Frage, nach einer auch in diesem Fall bestehenden Offenbarungspflicht. Muss er dem Arbeitgeber also auch ungefragt eine Schwerbehinderteneigenschaft mitteilen? Zunächst ist festzuhalten, dass eine Offenbarungspflicht wegen einer Schwerbehinderung nur insoweit in Betracht kommen kann, wie auch der Arbeitgeber nach einer Schwerbehinderteneigenschaft zu fragen berechtigt ist. Besteht schon kein Fragerecht, kommt eine Offenbarungspflicht für den Arbeitnehmer nicht in Betracht.

Während vom Grundsatz her der Arbeitnehmer nur verpflichtet ist, auf zulässige Fragen wahrheitsgemäß zu antworten, bedeuten Offenbarungspflichten, dass er von sich aus die entsprechenden Informationen (eben ungefragt) dem Arbeitgeber mitteilen muss. Unter Berücksichtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG kann es sich bei derartigen Offenbarungspflichten nur um solche handeln, die eine wesentliche Voraussetzung für den zugrundeliegenden Arbeitsvertrag darstellen (BAG, Urt. v. 7.2.1964 – 1 AZR 251/63). Im laufenden Arbeitsverhältnis besteht eine Offenbarungspflicht im Falle einer Behinderung nur dann, wenn der behinderte Arbeitnehmer erkennen muss, dass er aufgrund seiner zugrundeliegenden Behinderung die von ihm geforderte Arbeit nicht erbringen kann oder seine Behinderung eine Einschränkung der Leistungsfähigkeit mit sich bringt, die für den vorgesehenen Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung ist. Im Falle einer anstehenden arbeitgeberseitigen betriebsbedingten Kündigung stellt sich aber nicht die Frage, ob der Arbeitnehmer wegen einer Behinderung die geschuldete Tätigkeit (weiterhin) erbringen kann. Vielmehr kommt es auf die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch an. Der Arbeitgeber benötigt für die Kündigung eines schwerbehinderten Mitarbeiters die Zustimmung des Integrationsamtes und er muss im Falle der Betriebsbedingtheit der Kündigung eine Schwerbehinderung bei der Sozialauswahl beachten. Es geht also nicht alleine um das Vorliegen einer Behinderung, sondern um die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch. Besteht also darüber hinaus eine Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers hinsichtlich seiner Schwerbehinderteneigenschaft, wenn der Arbeitgeber eine Kündigung beabsichtigt, jedoch von seinem Fragerecht keinen Gebrauch macht?

Eine solche Verpflichtung besteht nicht. Die Begründung des BAG zur wahrheitsgemäßen Beantwortung einer zulässigen Frage des Arbeitgebers nach einer bestehenden Schwerbehinderung lässt nicht den Schluss zu, der Arbeitnehmer müsse bereits von sich aus eine Schwerbehinderung offenbaren. Es obliegt dem Arbeitgeber, die erforderlichen Auskünfte einzuholen, um seinen gesetzlichen Pflichten nachzukommen. Es ergibt sich eine Offenbarungsobliegenheit – aber erst nach einer Kündigung. Erhält der Arbeitnehmer eine Kündigung, ohne dass dem Arbeitgeber die Schwerbehinderung, also auch der daraus resultierende Sonderkündigungsschutz bekannt war, kann der Arbeitnehmer sein Recht, sich auf den Sonderkündigungsschutz zu berufen, verwirken. Die Verwirkung als Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) soll die illoyal verspätete Erhebung von Ansprüchen und Rechten verhindern. Möchte sich ein schwerbehinderter Arbeitnehmer seinen Sonderkündigungsschutz als schwerbehinderter Mensch erhalten, muss er nach Zugang der Kündigung innerhalb einer angemessenen Frist, die regelmäßig drei Wochen beträgt, gegenüber dem Arbeitgeber das Bestehen des Sonderkündigungsschutzes geltend machen (BAG, Urt. v. 23.2.2010 – 2 AZR 659/08). Der Arbeitgeber, der keine Kenntnis von dem bestehenden oder möglichen Schutztatbestand hat, hat keinen Anlass, eine behördliche Zustimmung zur Kündigung einzuholen (BAG, Urt. v. 16. 2.2012 – 6 AZR 553/10). Das Erfordernis, sich zeitnah auf den besonderen Kündigungsschutz zu berufen, ist geeignet, einer Überforderung des Arbeitgebers vorzubeugen. Ein Berufen auf den Sonderkündigungsschutz innerhalb dieses Zeitraums ist regelmäßig nicht als illoyal verspätet anzusehen (BAG, Urt. v. 22.9.2016 – 2 AZR 700/15). Hat der Arbeitgeber Kenntnis von der Schwerbehinderung, bedarf es einer Einschränkung der Möglichkeit des Arbeitnehmers, sich auf den Kündigungsschutz als schwerbehinderter Mensch zu berufen, nicht; der Arbeitgeber wäre dann nicht schutzbedürftig. Hierfür genügt es bereits, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber vor Zugang der Kündigung mitteilt, er habe beim Integrationsamt einen Antrag auf „Feststellung über das Vorliegen einer Behinderung" gestellt (BAG, Urt. v. 9.6.2011 – 2 AZR 703/09).

Eine Offenbarungsobliegenheit vor Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung wird auch dann abzulehnen sein, wenn der Arbeitnehmer Kenntnis von der bevorstehenden Kündigung hat, z. B. aufgrund entsprechender Informationen des Arbeitgebers auf einer Betriebsversammlung. Bereits die von der Rechtsprechung entwickelte Obliegenheit des Arbeitnehmers zur kurzfristigen Mitteilung der Schwerbehinderung nach Erhalt der Kündigung stellt eine Einschränkung der mit dem Sonderkündigungsschutz verbundenen Rechte unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung dar. Die Überlegungen des BAG zur Falschbeantwortung einer gezielt gestellten Frage nach dem Bestehen einer Schwerbehinderung lassen sich auf diesen Fall nicht übertragen. Anders als im Fall der Falschbeantwortung verhält sich der Arbeitnehmer im Falle des schlichten Untätigbleibens nicht widersprüchlich.

FRAGERECHT UND OFFENBARUNGSPFLICHTEN BEI EINER SCHWANGERSCHAFT

Den Arbeitgeber treffen gegenüber schwangeren Frauen zahlreiche tätigkeitsbezogene Pflichten und Verbote. Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ist zudem die Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft (und bis zum Ende ihrer Schutzfrist nach der Entbindung, mindestens jedoch bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung bzw. bis zum Ablauf von vier Monaten nach einer Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche) ohne vorherige Zustimmung der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde unzulässig. Anders als bei der Schwerbehinde-

rung entsteht der Sonderkündigungsschutz bereits mit dem Schwangerschaftsbeginn. Das BAG ermittelt diesen aus dem ärztlich bescheinigten Tag der Niederkunft (ohne diesen mitzuzählen) abzgl. 280 Tage. Dies stellt eine widerlegbare Vermutung des Beginns der Schwangerschaft dar (BAG, Urt. v. 24.11.2022 – 2 AZR 11/22).
Gemäß § 15 Abs. 1 MuSchG wird werdenden Müttern nahegelegt, dem Arbeitgeber ihre Schwangerschaft und den voraussichtlichen Entbindungstermin mitzuteilen, sobald ihnen ihr Zustand bekannt ist. Das Gesetz ist als „Soll"-Vorschrift ausgestaltet. „Sollen" heißt nicht „müssen". Eine Verpflichtung zur Mitteilung der Schwangerschaft besteht also nicht (BAG, Urt. v. 13.6.1996 – 2 AZR 736/95). Teilt eine Schwangere ihrem Arbeitgeber eine Schwangerschaft nicht mit, folgen hieraus grundsätzlich keine unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen. Entscheidet sich die Arbeitnehmerin – zumindest vorübergehend – auf diesen Schutz zu verzichten, ist dies zu respektieren.

Umstritten ist, ob im Arbeitsvertrag eine Offenbarungspflicht vereinbart werden könnte. Dies wird zum Teil bejaht für den Fall, dass die vertraglich geschuldete Tätigkeit aufgrund eines gesetzlichen Tätigkeitsverbots nicht mehr ausgeübt werden darf. In einer solchen Situation kann die betroffene Arbeitnehmerin nicht einfach erklären, sie werde die Tätigkeit „ab jetzt nicht mehr ausüben" ohne hierfür einen Grund zu nennen; vielmehr müsste sie denklogisch darlegen, warum eine Ausübung nicht mehr möglich ist, d. h., dass ein gesetzliches Verbot vorliegt oder andere einschlägige Umstände eingetreten sind. Für diesen Fall wird vertreten, der Arbeitnehmerin könne durch eine arbeitsvertragliche Regelung auferlegt werden, eine bestehende Schwangerschaft im Zusammenhang mit der Ausübung der geschuldeten Tätigkeit offenzulegen (so HK-MuSchG/Georg Pepping MuSchG, § 15 Rn. 7, Aligbe, ArbRAktuell 2013, S. 151). Die Gegenansicht verweist auf § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Arbeitsverträge sind in aller Regel allgemeine Geschäftsbedingungen. Eine arbeitsvertraglich vorgesehene Offenbarungspflicht könnte dem Rechtsgedanken des § 15 MuSchG entgegenstehen, der eine Offenbarungspflicht gerade nicht vorsieht (so Brose/Weth/Volk MuSchG § 15 Rn. 7). Aus den o. g. Schutzpflichten des Arbeitgebers folgt indessen auch im bestehenden Arbeitsverhältnis kein Fragerecht, wenn es um etwaige tätigkeitsbezogene Pflichten des Arbeitgebers geht. Es genügt regelmäßig, dass der Arbeitgeber darauf hinweist, dass eine konkrete Tätigkeit von schwangeren Frauen nicht ausgeübt werden kann.

Anders wird es sich in Bezug auf ein Fragerecht verhalten, wenn der Arbeitgeber eine Kündigung beabsichtigt – losgelöst von einer etwaigen dahingehenden Klausel im Arbeitsvertrag. In diesem Fall treten andere Schutzpflichten in den Vordergrund. Es geht dann nicht darum, ob die Tätigkeit noch ausgeführt werden darf, sondern um die Frage, ob für die Kündigung die vorherige Zustimmung der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde erforderlich ist. Hat der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Schwangerschaft, wird er einen dahingehenden Antrag nicht stellen. Die Kündigung wäre dann grundsätzlich unwirksam. Die Frage nach der Schwangerschaft steht daher im Zusammenhang mit der den Arbeitgeber treffenden gesetzlichen Pflichten. Für diese Frage besteht ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber kann nur dann rechtstreu handeln, wenn er über die Schwangerschaft Kenntnis hat. Insoweit können die vom BAG entwickelten Überlegungen zum Fragerecht des Arbeitgebers nach einer Schwerbehinderung übertragen werden. Sowohl die Schwangerschaft als auch die Schwerbehinderung begründen für den Arbeitgeber besondere Schutzpflichten. In beiden Fällen muss der Arbeitgeber das behördliche Zustimmungserfordernis beachten. Das BAG hat im Vorfeld von Kündigungen ein vorrangiges Interesse des Arbeitgebers bejaht, so dass weder eine Diskriminierung nach dem AGG noch eine Verletzung des Datenschutzes noch eine rechtswidrige Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegt. Das BAG lässt nicht erkennen, dass diese Überlegungen exklusiv für den Sonderkündigungsschutz bei einer Schwerbehinderung gelten sollen.

Gegen ein Fragerecht kann jedoch sprechen, dass § 15 MuSchG gerade keine Offenbarungspflicht vorsieht. Eine vergleichbare Regelung kennt das Schwerbehindertenrecht nicht. Die Zubilligung eines Fragerechts könnte daher der gesetzgeberischen Intention widersprechen. Indessen kann § 15 MuSchG nicht entnommen werden, der Gesetzgeber habe die Schwangere in jedem Fall von einer Offenbarung befreien wollen. In diesem Fall hätte er § 15 MuSchG bspw. so formulieren können, dass Schwangere nicht verpflichtet seien, eine Schwangerschaft mitzuteilen. Vielmehr hat er mit der „Soll"-Vorschrift verdeutlicht, dass er durchaus möchte, dass die schwangere Arbeitnehmerin ihrem Arbeitgeber eine Schwangerschaft mitteilt – sie „soll" dies tun.

Einem Fragerecht widersprechen könnte auch § 17 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbsatz MuSchG. Danach ist eine schwangere Arbeitnehmerin verpflichtet, ihre Schwangerschaft innerhalb von zwei Wochen nach Zugang einer Kündigung dem Arbeitgeber zu offenbaren, wenn dieser zuvor keine Kenntnis von der Schwangerschaft hatte. Das soll aber nur dem Umstand Rechnung tragen, dass der Arbeitgeber schnell Rechtssicherheit dahingehend haben soll, ob die Kündigung rechtsfehlerhaft ist. Die Norm soll nicht die Möglichkeit schaffen, den Arbeitgeber bewusst in eine arbeitsrechtliche Falle laufen zu lassen. Wenn er explizit nach einer Schwangerschaft fragt, um erforderlichenfalls die behördliche Zustimmung einholen zu können, wäre es treuwidrig, ihn gleichwohl zunächst zu einer zwingend unwirksamen Kündigung zu veranlassen. Offenbart sich die Schwangere (trotz Kenntnis ihrer Schwangerschaft) nicht innerhalb der Frist, ist es ihr grundsätzlich verwehrt, sich später auf den Sonderkündigungsschutz zu berufen.

OFFENBARUNGSPFLICHTEN UND SONDERKÜNDIGUNGSSCHUTZ BEI INITIATOREN EINER BETRIEBSRATSWAHL

Auch Initiatoren einer Betriebsratswahl genießen Sonderkündigungsschutz, der in dem durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz eingeführten § 15 Abs. 3b KSchG geregelt ist. Nach dieser Norm genießen auch diejenigen Arbeitnehmer besonderen Kündigungsschutz, die Vorbereitungshandlungen für die Errichtung eines Betriebsrats unternehmen und eine öffentlich beglaubigte Erklärung mit dem Inhalt abgegeben haben, dass sie die Absicht haben, einen Betriebsrat zu errichten. Unzulässig ist dann eine Kündigung, soweit sie aus Gründen erfolgt, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Der Kündigungsschutz gem. § 15 Abs. 3b KSchG gilt von der Abgabe der öffentlich beglaubigten Erklärung bis zum Zeitpunkt der Einladung zu einer Betriebs- oder Wahlversammlung, längstens jedoch für drei Monate.

Vorbereitungshandlung i. S. d. Vorschrift können bspw. Gespräche mit anderen Arbeitnehmern über eine Betriebsratsgründung sein. Oftmals erfolgt auch die Kontaktaufnahme zu einer Gewerkschaft. Damit besteht auch in Bezug auf beabsichtigte Kündigungen von Wahlinitiatoren oft keine Kenntnis des Arbeitgebers von dem sich ergebenden Sonderkündigungsschutz. Der Unterschied zu den beiden bereits erläuterten Sonderkündigungstatbeständen besteht in erster Linie darin, dass eine behördliche Zustimmung nicht vorgesehen ist, sondern die Zulässigkeit einer ordentlichen Kündigung auf betriebsbedingte Gründe beschränkt, sofern nicht ein wichtiger Grund gem. § 626 BGB vorliegt.
In Vorbereitung einer (nicht betriebsbedingten) Kündigung stellt sich auch in dieser Konstellation die Frage, inwieweit dem Arbeitgeber ein Fragerecht zusteht oder den Arbeitnehmer gar eine initiative Offenbarungspflicht trifft. Die zuvor dargestellten Grundsätze zu Offenbarungspflichten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Schwerbehinderung lassen sich auch auf andere Arbeitnehmergruppen mit besonderem Kündigungsschutz übertragen.

Das LAG Thüringen hat in einer aktuellen Entscheidung (Urt. v. 22.1.2025 – 1 Sa 59/24) eine Offenbarungsobliegenheit des Wahlinitiators nach Ausspruch der Kündigung bejaht. Im entschiedenen Fall ergriff die spätere Klägerin nach einem Personalgespräch, in dem Beschwerden über die Arbeitsweise und angebliche Defizite der Klägerin zur Sprache kamen, Vorbereitungshandlungen für die Gründung eines Betriebsrats und gab eine Absichtserklärung ab, die notariell beglaubigt wurde. Der Arbeitgeber hatte hiervon keine Kenntnis und kündigte das Arbeitsverhältnis ordentlich aus verhaltensbedingten Gründen. In der Kündigungsschutzklage berief sich die Klägerin noch nicht auf den Sonderkündigungsschutz, sondern erst in späteren erstinstanzlichen Schriftsätzen. Das LAG übertrug die oben dargestellte Rechtsprechung des BAG zur Offenbarungsobliegenheit im Falle einer Schwerbehinderung auf die vorliegende Konstellation. Der Sonderkündigungsschutz hängt nicht von der Kenntnis des Arbeitgebers ab. Wie bei der Schwerbehinderung bestehe daher auch für Vorfeldinitiatoren eine Mitteilungsobliegenheit nach Ausspruch einer (personen- oder verhaltensbedingten) Kündigung. Die Interessenlage sei vergleichbar. Das LAG geht auch hier von einer Mitteilungsfrist von drei Wochen nach Zugang der Kündigung aus, wenn der Arbeitgeber keine Kenntnis von den Vorfeldaktivitäten hat. Dabei stellt das LAG darauf ab, dass sich eine Kenntnis auf alle Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes beziehen muss, also insb. auch auf die notarielle Erklärung. Die kürzere Mitteilungsfrist, die sich für Schwangere aus § 17 Abs. 1 MuSchG ergibt, wendet das LAG nicht analog an. Die Klägerin hatte den Sonderkündigungsschutz durch ihre verspätete Offenlegung der Initiative einer Betriebsratsgründung verwirkt. Das LAG hat die Revision zugelassen.

Die Entscheidung des LAG ist zutreffend und interessengerecht. Hieraus lässt sich auch ein Fragerecht des Arbeitgebers im Vorgriff auf eine Kündigung ableiten. Auch insoweit ist die Rechtsprechung des BAG zum Fragerecht des Arbeitgebers hinsichtlich einer bestehenden Schwerbehinderung zu übertragen. Zwar treffen den Arbeitgeber gegenüber Vorfeldinitiatoren einer Betriebsratswahl keine besonderen Pflichten hinsichtlich der auszuübenden Tätigkeit. Jedoch muss er – wie bei einer Schwerbehinderung und einer Schwangerschaft – Einschränkungen bei der Möglichkeit von Kündigungen beachten. Dem Arbeitgeber ist ein rechtssicheres Vorgehen zu ermöglichen, den Schutz der Arbeitnehmergruppe zu gewährleisten und gleichzeitig unzulässiges, widersprüchliches Verhalten zu verhindern.

FAZIT

Arbeitgeber sollten im Vorfeld von Kündigungen, insb. bei Umstrukturierungen an die Möglichkeit denken, etwaige Sonderkündigungstatbestände, deren Vorliegen sie regelmäßig nicht aus eigener Wahrnehmung erkennen können, abzufragen. Tun sie dies nicht, laufen sie Gefahr, unwirksame Kündigungen auszusprechen. Den Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz trifft aber die Obliegenheit, sich innerhalb von zwei Wochen bei einer Schwangerschaft bzw. drei Wochen bei einer Schwerbehinderung bzw. einem Sonderkündigungsschutz als Vorfeldinitiator einer Betriebsratswahl zu offenbaren. Anderenfalls wird der Sonderkündigungsschutz i. d. R. verwirkt. Im Falle der nachträglichen Mitteilung eines Sonderkündigungstatbestandes wäre die Kündigung aber bereits ausgesprochen und damit ein rechtswidriger Zustand geschaffen. Das Verfahren müsste vor Ausspruch einer neuen Kündigung nachgeholt werden. Dies kann das gezielte Abfragen eines Sonderkündigungsschutzes, den der Arbeitgeber oft nicht erkennen kann, vermieden werden.

Tobias Grambow
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner, BUSE Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB, Berlin und Stuttgart

Penelope Paula Pelz
Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Potsdam, Studentische Mitarbeiterin, BUSE Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB, Berlin