

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 29. Januar 2026  
- 2 AZR 128/25 -  
ECLI:DE:BAG:2026:290126.U.2AZR128.25.0

I. Arbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 28. Juni 2024  
- 1 Ca 18/24 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 15. Mai 2025  
- 11 SLa 449/24 -

---

Entscheidungsstichworte:

Wartezeitkündigung - Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 128/25

11 SLa 449/24  
Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
29. Januar 2026

## URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

Vermerk:

Das Urteil vom 29. Januar 2026 wurde durch Beschluss vom 26. Juni 2026 in Rn. 21 der Entscheidungsgründe berichtigt und untrennbar verbunden.  
30.06.2026, Mengwein

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. Januar 2026 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Klose, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlünder und Dr. Heinkel sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Starke und die ehrenamtliche Richterin Nielebock für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 15. Mai 2025 - 11 SLa 449/24 - aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 28. Juni 2024 - 1 Ca 18/24 - wird zurückgewiesen.
3. Die Beklagte hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Wartezeitkündigung. 1

Der als schwerbehindert anerkannte Kläger war ab dem 1. Oktober 2023 bei der beklagten Stadt als Mitarbeiter im sonstigen Innen- und Außendienst beschäftigt. Er führte Verkehrskontrollen im gesamten öffentlichen Verkehrsraum der Stadt durch. Im Arbeitsvertrag war eine Probezeit von sechs Monaten vereinbart. 2

Im Oktober 2023 erschien der Kläger an drei Tagen unpünktlich zum Dienst. Nach einem Kritikgespräch am 27. Oktober 2023 verfasste der Vorgesetzte des Klägers einen internen Vermerk, in dem er die Weiterführung der Erprobung nicht empfahl. In einem Probezeit-Bewährungsgespräch am 4. Dezember 2023 unterrichtete die Beklagte den Kläger über ihre Absicht, das Arbeitsverhältnis in der Probezeit zu kündigen. 3

Die Beklagte hörte den zuständigen Personalrat zur beabsichtigten Kündigung an. Außerdem unterrichtete sie die bei ihr bestehende Schwerbehindertenvertretung mit Schreiben vom 7. Dezember 2023 über die beabsichtigte Kündigung des Klägers. Ausweislich des Stempelaufdrucks auf diesem Schreiben, der das Datum 11. Dezember 2023 trägt, nahm die Schwerbehindertenvertretung „Kenntnis“. 4

Die Beklagte erklärte mit Schreiben vom 13. Dezember 2023, dem Kläger zugegangen am 14. Dezember 2023 um 14:30 Uhr, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Dezember 2023. 5

Dagegen hat sich der Kläger rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt und die Auffassung vertreten, die Kündigung sei ua. wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot (schwer)behinderter Menschen unwirksam. Außerdem seien weder die Schwerbehindertenvertretung noch der Personalrat ordnungsgemäß beteiligt worden. 6

Der Kläger hat beantragt, 7

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 13. Dezember 2023 nicht aufgelöst worden ist;
2. für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens als Mitarbeiter im sonstigen Innen- und Außendienst weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat ua. geltend gemacht, der Kläger sei mit dem Einwand der nicht ordnungsgemäßen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung, den er in der Klageschrift und dann erstmals wieder in der Revisionsbegründung erhoben habe, ausgeschlossen. Zudem sei für die Dauer der Stellungnahmefrist der Schwerbehindertenvertretung im Bereich des öffentlichen Dienstes die jeweilige personalvertretungsrechtliche Regelung, nicht aber die Wochenfrist des § 102 Abs. 2 BetrVG maßgeblich. Unabhängig davon liege eine abschließende Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung vor. Diese habe auf dem Stempelaufdruck die Option „Kenntnis“ angekreuzt, woraus zu schließen sei, dass eine weitergehende Reaktion, insbesondere eine inhaltliche Stellungnahme, nicht beabsichtigt gewesen sei. 8

Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Arbeitsgerichts, das der Klage stattgegeben hatte, abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision möchte der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen. 9

## Entscheidungsgründe

- Die zulässige Revision des Klägers ist begründet. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Berufung der Beklagten ist zurückzuweisen. Die Kündigungsschutzklage ist zulässig und begründet. Das kann der Senat auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). 10
- I. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten zu Unrecht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Entgegen seiner Annahme ist die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nicht ordnungsgemäß erfolgt und die Kündigung daher nach § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX unwirksam. 11
1. Gemäß § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX ist die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nach Satz 1 ausspricht, unwirksam. 12
- a) Von der Unwirksamkeitsanordnung sind sämtliche Kündigungen erfasst, die zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen können, auch solche in der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG (*BAG 13. Dezember 2018 - 2 AZR 378/18 - Rn. 12, BAGE 164, 360*). Die Unwirksamkeitsfolge tritt nicht nur ein, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung vor Ausspruch der Kündigung gar nicht, sondern auch, wenn er sie nicht ordnungsgemäß angehört hat. Es gelten die gleichen Grundsätze wie zur Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG (*vgl. BAG 13. Dezember 2018 - 2 AZR 378/18 - Rn. 15 ff., aaO*). 13
- b) Der Arbeitgeber hört die Schwerbehindertenvertretung ordnungsgemäß an, wenn er sie ausreichend unterrichtet und ihr genügend Gelegenheit zur Stellungnahme gibt (*BAG 13. Dezember 2018 - 2 AZR 378/18 - Rn. 20 ff., BAGE 164, 360*). 14

aa) Nach der Rechtsprechung des Senats ist die planwidrige Regelungslücke des § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX hinsichtlich der Stellungnahmefristen durch eine analoge Anwendung von § 102 Abs. 2 BetrVG zu schließen mit der Folge, dass die Schwerbehindertenvertretung etwaige Bedenken gegen eine beabsichtigte ordentliche Kündigung spätestens innerhalb einer Woche und solche gegen eine beabsichtigte außerordentliche Kündigung unverzüglich, spätestens innerhalb von drei Tagen mitzuteilen hat (*BAG 13. Dezember 2018 - 2 AZR 378/18 - Rn. 23, BAGE 164, 360*). Eine entsprechende Anwendung des ggf. einschlägigen Personalvertretungsgesetzes des Bundes oder der Länder - wie die Beklagte sie vertritt - scheidet hingegen aus. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Bundesgesetzgeber die Stellungnahmefrist der Schwerbehindertenvertretung für private und öffentliche Arbeitgeber verschieden ausgestalten und sogar innerhalb des öffentlichen Dienstes - teils erheblich - unterschiedliche Fristenregime eingreifen lassen wollte. 15

bb) Die von der Beklagten vorgebrachten Gesichtspunkte geben dem Senat keine Veranlassung, diese Rechtsprechung zu ändern. Das Gesetz enthält hinsichtlich der Stellungnahmefristen seit Einführung der Unwirksamkeitsfolge des § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX eine planwidrige Regelungslücke (*vgl. Bayreuther NZA 2017, 87, 90; Isenhardt in Schlegel/Voelzke jurisPK-SGB IX Stand 23. Dezember 2025 § 178 Rn. 35; Neumann/Pahlen/Winkler/Greiner/Pahlen 15. Aufl. SGB IX § 178 Rn. 11j*). Das wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Gesetzgeber bis heute keine ergänzende Regelung in das Gesetz aufgenommen hat. Er hat seit Einführung der Unwirksamkeitsfolge mit dem Bundesteilhabegesetz vom 23. Dezember 2016 das SGB IX mehrfach geändert (*insbesondere durch das Teilhabestärkungsgesetz vom 2. Juni 2021 [BGBl. I S. 1387] und das Gesetz zur Förderung eines inklusiven Arbeitsmarkts vom 6. Juni 2023 [BGBl. 2023 I Nr. 146]*) und in Kenntnis der Rechtsprechung des Senats § 178 Abs. 2 SGB IX nicht um eine Fristenregelung ergänzt. Dieser Umstand spricht dafür, dass der Gesetzgeber angesichts dieser Rechtsprechung keine Veranlassung mehr gesehen hat, die Stellungnahmefristen für die Schwerbehindertenvertretung überhaupt oder im Bereich des öffentlichen Dienstes abweichend zu re- 16

geln (vgl. zu einer ähnlichen Konstellation bzgl. des Präventionsverfahrens BAG 3. April 2025 - 2 AZR 178/24 - Rn. 18).

Es ist auch sachgerecht, sich zur Lückenschließung an die Fristen des § 102 Abs. 2 BetrVG anzulehnen, da die Beteiligungsverfahren von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung ähnlich ausgestaltet sind (vgl. BAG 13. Dezember 2018 - 2 AZR 378/18 - Rn. 23 aE, BAGE 164, 360; zust. Schubert in Knittel Stand 1. Dezember 2025 SGB IX § 178 Rn. 100). Diese Überlegung wird entgegen der Annahme der Beklagten nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Personalrat bei der vorliegenden Probezeitkündigung lediglich anzuhören ist (vgl. § 74 Abs. 2 LPVG Nordrhein-Westfalen). Ersichtlich gehen die Personalvertretungsgesetze des Bundes und der Länder davon aus, dass der Personalrat bei Kündigungen im Regelfall mitzubestimmen oder mitzuwirken hat und dessen Beteiligung nur in bestimmten Ausnahmefällen abgeschwächt in Form der bloßen Anhörung besteht (vgl. zB § 85 Abs. 1 Satz 1, § 86 Satz 1 BPersVG; § 74 Abs. 1, Abs. 2 LPVG Nordrhein-Westfalen; § 78 Abs. 1 Satz 1, § 73 Abs. 6 Satz 1 SächsPersVG; § 75 Abs. 1 Nr. 12, § 87 Abs. 1 Nr. 9 LPVG Baden-Württemberg; § 78 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ThürPersVG; § 83 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 LPersVG Rheinland-Pfalz). Zudem gilt § 178 Abs. 2 SGB IX, dessen planwidrige Regelungslücke zu schließen ist, hinsichtlich der Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung für öffentliche und private Arbeitgeber einheitlich. Von daher geht die Beklagte fehl, wenn sie meint, dass für den Bereich des öffentlichen Dienstes mit § 102 Abs. 2 BetrVG Bundesrecht systemwidrig analog im Bereich der landesrechtlichen Personalvertretungsgesetze anzuwenden wäre. Schließlich wird auch in den Gesetzesmaterialien ein Bezug zum Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG hergestellt (vgl. BT-Drs. 18/10523 S. 67).

17

cc) Im Übrigen ist in Bezug auf den vorliegenden Fall darauf hinzuweisen, dass die Beklagte die Schwerbehindertenvertretung auf der Grundlage der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts auch dann nicht ordnungsgemäß angehört hätte, wenn man mit der Beklagten von einer entsprechenden Anwendung der Fristen des Landespersonalvertretungsgesetzes Nordrhein-Westfalen ausginge. Gemäß § 74 Abs. 6 LPVG Nordrhein-Westfalen kann der Personalrat Einwen-

18

dungen gegen eine beabsichtigte Probezeitkündigung binnen drei Arbeitstagen der Dienststelle schriftlich zur Kenntnis geben. Für die Fristberechnung gelten die §§ 186 ff. BGB (*Bülow 3. Aufl. § 74 LPVG NRW Rn. 156*). Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Schwerbehindertenvertretung am 11. Dezember 2023 von dem Anhörungsschreiben Kenntnis genommen. Ein Zugang des Schreibens vor diesem Zeitpunkt ist weder festgestellt noch von der Beklagten vorgetragen. Danach hätte die Schwerbehindertenvertretung bis zum Ablauf des 14. Dezember 2023 Gelegenheit zur Abgabe einer Stellungnahme gehabt. Die Kündigungserklärung ging dem Kläger jedoch bereits am 14. Dezember 2023 um 14:30 Uhr zu.

c) Das Anhörungsverfahren der Schwerbehindertenvertretung ist beendet, wenn deren Frist zur Stellungnahme abgelaufen ist oder eine das Verfahren abschließende Stellungnahme vorliegt (*BAG 13. Dezember 2018 - 2 AZR 378/18 - Rn. 24, BAGE 164, 360*). 19

aa) Letzteres ist lediglich dann der Fall, wenn der Arbeitgeber der Äußerung der Schwerbehindertenvertretung unzweifelhaft entnehmen kann, dass es sich um eine abschließende Stellungnahme handelt. Erklärt sie das nicht ausdrücklich, ist der Inhalt ihrer Mitteilung durch Auslegung zu ermitteln. Diese muss eindeutig ergeben, dass die Schwerbehindertenvertretung sich bis zum Ablauf der Anhörungsfrist nicht noch einmal, und sei es „nur“ ergänzend, äußern möchte. Der Arbeitgeber muss aufgrund der bisherigen Äußerung davon ausgehen können, diese werde unter keinen Umständen mehr tun als bereits geschehen (*vgl. zur Betriebsratsanhörung BAG 25. Mai 2016 - 2 AZR 345/15 - Rn. 24, BAGE 155, 181*). 20

bb) Für die Annahme einer vorfristig abgegebenen verfahrensbeendenden Äußerung bedarf es daher besonderer Anhaltspunkte. Diese liegen regelmäßig vor, wenn die Schwerbehindertenvertretung dem Arbeitgeber erklärt, sie stimme der beabsichtigten Kündigung ausdrücklich und vorbehaltlos zu, oder erklärt, von einer Äußerung zur Kündigungsabsicht abzusehen. In anderen Fällen wird der Arbeitgeber nur von einer abschließenden Stellungnahme ausgehen können, wenn aus seiner Sicht eine weitere Äußerung zur Kündigungsabsicht ausge- 21

geschlossen ist. Fehlt es an sicheren Anhaltspunkten, muss der Arbeitgeber bei der Schwerbehindertenvertretung ggf. nachfragen und um Klarstellung bitten (vgl. zur Betriebsratsanhörung BAG 25. Mai 2016 - 2 AZR 345/15 - Rn. 25 ff., BAGE 155, 181). Da es hierbei auf das Verständnis bei Erhalt der Reaktion der Schwerbehindertenvertretung ankommt, stellt der Umstand, dass diese sich - aus ex ante-Sicht - bis zum regulären Ablauf der Stellungnahmefrist tatsächlich nicht mehr geäußert hat, keinen besonderen Anhaltspunkt im vorgenannten Sinn dar.

2. Bei seiner Entscheidung hat das Landesarbeitsgericht nicht beachtet, dass die Beklagte die streitgegenständliche Kündigung entsprechend der dargestellten Maßstäbe vor Ablauf der einwöchigen Stellungnahmefrist ausgesprochen hat, ohne dass eine diese Frist verkürzende abschließende Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung vorlag. 22

a) Im Ausgangspunkt noch zutreffend ist, dass vor Ausspruch der Kündigung die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen war. Der Kläger ist nach § 2 Abs. 2 SGB IX schwerbehindert. Die Beklagte, die bereits bei der Einstellung von der Schwerbehinderung des Klägers Kenntnis hatte, beabsichtigte, eine Kündigung in der vertraglichen Probezeit und der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG auszusprechen. 23

b) Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerhaft allein auf die Kenntnisnahme der Schwerbehindertenvertretung abgestellt und nicht beachtet, dass die Kündigung vor Ablauf der einwöchigen Frist zur Stellungnahme ausgesprochen wurde. 24

aa) Nach seinen Feststellungen hat die Schwerbehindertenvertretung am 11. Dezember 2023 von dem Anhörungsschreiben Kenntnis genommen. Ein Zugang des Schreibens vor diesem Zeitpunkt ist weder festgestellt noch von der Beklagten vorgetragen. Die Wochenfrist analog § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG endete nach § 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf des Tages der nächsten Woche, der durch seine Benennung dem Tag entspricht, an dem die Schwerbehindertenvertretung die Arbeitgebermitteilung erhalten hat, mithin mit Ablauf des 18. Dezem- 25

ber 2023. Die Kündigung ist dem Kläger jedoch schon am 14. Dezember 2023 zugegangen und damit vor Ablauf der Wochenfrist analog § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ausgesprochen worden (vgl. BAG 25. Mai 2016 - 2 AZR 345/15 - Rn. 29, BAGE 155, 181; 13. November 1975 - 2 AZR 610/74 - zu 3 a und b der Gründe, BAGE 27, 331).

bb) Selbst wenn man zugunsten der Beklagten unterstellte, dass das auf den 7. Dezember 2023 datierte Anhörungsschreiben der Schwerbehindertenvertretung bereits an diesem Tag zugegangen wäre, endete die Wochenfrist analog § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG erst mit Ablauf des 14. Dezember 2023. Die Kündigung ist dem Kläger allerdings schon am 14. Dezember 2023 um 14:30 Uhr zugegangen und wäre damit gleichermaßen vor Ende der (frühestens) an diesem Tag um 24:00 Uhr ablaufenden Wochenfrist ausgesprochen worden (vgl. BAG 25. Mai 2016 - 2 AZR 345/15 - Rn. 29, BAGE 155, 181; 13. November 1975 - 2 AZR 610/74 - zu 3 a und b der Gründe, BAGE 27, 331). 26

c) Es liegt entgegen der Annahme der Beklagten keine abschließende Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung vor. Insbesondere stellt der Stempelaufdruck vom 11. Dezember 2023 keine solche dar. 27

aa) Die Schwerbehindertenvertretung hat weder mit diesem Stempelaufdruck noch sonst ausdrücklich erklärt, dass sie abschließend Stellung nimmt. Daher ist ihre Erklärung - der Stempelaufdruck - auszulegen. Dabei kann dahinstehen, ob es sich bei diesem um eine typische Erklärung handelt, deren Auslegung der Senat uneingeschränkt überprüfen kann, oder um eine nichttypische Erklärung, deren Auslegung durch das Landesarbeitsgericht nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung darauf unterliegt, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) verletzt, gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen, wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen und ob es alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände widerspruchsfrei berücksichtigt hat (st. Rspr., vgl. nur BAG 6. Mai 2025 - 3 AZR 118/24 - Rn. 23; 19. Februar 2025 - 10 AZR 57/24 - Rn. 33; 21. Mai 2019 - 2 AZR 26/19 - Rn. 32, BAGE 167, 22, jeweils mwN). 28

bb) Auch wenn es sich bei dem Stempelaufdruck vom 11. Dezember 2023 um eine nichttypische Erklärung handeln sollte (*vgl. zur Einordnung der Äußerung des Betriebsratsvorsitzenden BAG 25. Mai 2016 - 2 AZR 345/15 - Rn. 31, BAGE 155, 181 bzw. des Personalrats BAG 27. Juni 2019 - 2 AZR 28/19 - Rn. 29*), kann der Senat die vom Landesarbeitsgericht unterlassene Auslegung selbst vornehmen, da dieses den erforderlichen Sachverhalt vollständig festgestellt hat und kein weiteres tatsächliches Vorbringen der Parteien zu erwarten ist (*st. Rspr., zB BAG 13. Dezember 2023 - 5 AZR 168/23 - Rn. 17 mwN*).

(1) Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Beklagte die Schwerbehindertenvertretung mit Schreiben vom 7. Dezember 2023 angehört, diese am 11. Dezember 2023 Kenntnis genommen und geantwortet hat („Stempelaufdruck“). Es hat dieses mit dem Stempelaufdruck versehene Schreiben ausdrücklich in Bezug genommen.

Auch unter Berücksichtigung der Ausführungen der Beklagten in der Revisionserwiderung ist kein erhebliches weiteres tatsächliches Vorbringen der Parteien zu erwarten. Der Kläger hat nicht geltend gemacht, zu diesem Punkt weiter vortragen zu wollen. Die Beklagte hat lediglich pauschal vorgebracht, dass sie auf einen entsprechenden Hinweis zu dem abschließenden Charakter der Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung „unter Beweisantritt weiter“ vorgetragen hätte. Welche im vorliegenden Fall erheblichen Tatsachen dies betreffen soll, hat sie weder in der Revisionserwiderung noch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat deutlich gemacht.

(2) Eine eigene Entscheidung ist dem Senat auch nicht deswegen verwehrt, weil er aus Gründen des fairen Verfahrens den Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückverweisen müsste (*vgl. zu einer solchen Konstellation BAG 5. Oktober 2023 - 6 AZR 210/22 - Rn. 37, BAGE 182, 46*), nachdem weder die Parteien noch die Vorinstanzen auf die vom Kläger in der Klageschrift gerügte fehlerhafte Anhörung der Schwerbehindertenvertretung im weiteren Verfahrensablauf eingegangen sind. Berufte sich der Arbeitnehmer auf einen Unwirksamkeitsgrund und ergibt sich - wie hier - schon aus dem eigenen Vorbringen des

Arbeitgebers, dass dieser tatsächlich vorliegt, muss der Arbeitgeber damit rechnen, aus diesem Grund den Prozess zu verlieren, auch wenn er zunächst von den Gerichten (fehlerhaft) übersehen und von den Parteien nicht mehr näher erörtert wird. Das gilt erst recht, wenn der Arbeitnehmer - wie der Kläger in der Revisionsbegründung - im Verlauf des Verfahrens zu dem bereits gerügten Unwirksamkeitsgrund weitere Ausführungen macht. Im Übrigen hat der Senat in der mündlichen Verhandlung auf die Problematik der Anhörung der Schwerbehindertenvertretung hingewiesen und diese mit den Parteien eingehend erörtert.

cc) Der Stempelaufdruck, der das Datum „11. Dezember 2023“ trägt, eine Unterschrift aufweist und bei dem von den fünf Auswahlmöglichkeiten „Einverstanden“, „Kenntnis“, „keine Einwände“, „keine Bedenken“ und „siehe Stellungnahme“ diejenige der „Kenntnis“ angekreuzt ist, stellt keine abschließende, das Anhörungsverfahren beendende Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung dar. Diese hat damit - entgegen der Ansicht der Beklagten - weder ihre vorbehaltlose Zustimmung noch (konkludent) erklärt, keine Stellung nehmen zu wollen. Sie hat schlicht keine Erklärung in Bezug auf den Inhalt der Anhörung abgegeben. Auch sonst ergeben sich aus der Anhörung und der Erklärung keine besonderen Anhaltspunkte, die darauf schließen lassen, dass die angekreuzte Alternative im Sinne eines „Kündigung wird lediglich zur Kenntnis genommen, auf eine Stellungnahme wird verzichtet“ zu verstehen ist. Solche hat die Beklagte auch nicht geltend gemacht. Da sichere Anhaltspunkte dafür fehlen, dass sich die Schwerbehindertenvertretung in keinem Fall mehr zur Kündigungsabsicht äußern wollte, hätte die Beklagte nachfragen müssen, um eine entsprechende Klarstellung zu erreichen (vgl. BAG 25. Mai 2016 - 2 AZR 345/15 - Rn. 27, BAGE 155, 181). Das hat sie nicht getan. 33

3. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich auch nicht iSd. § 561 ZPO aus anderen Gründen als richtig dar. Insbesondere ist es dem Kläger nicht verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX zu berufen. 34

a) Das folgt nicht aus der Präklusionsvorschrift des § 6 Satz 1 KSchG (*dazu BAG 26. September 2013 - 2 AZR 843/12 - Rn. 16; 25. Oktober 2012 - 2 AZR 845/11 - Rn. 35; zu § 17 Satz 2 TzBfG BAG 21. März 2018 - 7 AZR 408/16 - Rn. 30*). Der Kläger hat schon in der Klageschrift die fehlerhafte Anhörung der Schwerbehindertenvertretung gerügt. 35

b) Der Kläger hat - entgegen der Annahme der Beklagten - nicht auf diese Rüge verzichtet. Zwar belegt die Regelung des § 6 KSchG, dass es der klagende Arbeitnehmer in der Hand hat, den Prozessstoff - von vorneherein oder später - zu begrenzen oder in den zeitlichen Grenzen des Satzes 1 der Bestimmung zu erweitern. Ein Verzicht oder Nicht-mehr-Aufrechterhalten ist aber nur anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer im Prozess zweifelsfrei zu erkennen gibt, dass er sich auf einen bestimmten Unwirksamkeitsgrund iSd. § 6 Satz 1 KSchG ausdrücklich nicht oder nicht mehr berufen will (*vgl. BAG 26. September 2013 - 2 AZR 843/12 - Rn. 18*). Anhaltspunkte für einen solchen Willen des Klägers liegen im Streitfall nicht vor. Sein bloßes Schweigen zwischen Klageschrift und Revisionsbegründung genügt dazu nicht. 36

4. Da die Klage bereits aus den dargestellten Erwägungen begründet ist, bedarf es keiner weiteren Erörterung, ob sich die Wartezeitkündigung auch aus den weiteren vom Kläger geltend gemachten Gründen, insbesondere wegen eines unterlassenen Präventionsverfahrens gemäß § 167 Abs. 1 SGB IX (*dazu bereits BAG 3. April 2025 - 2 AZR 178/24 - Rn. 15 ff.*) als unwirksam erweist. 37

II. Der Weiterbeschäftigungsanspruch fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. Er ist auf eine Beschäftigung bis zum Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens gerichtet. Dieses ist mit der Entscheidung des Senats rechtskräftig beendet (*BAG 3. April 2025 - 2 AZR 178/24 - Rn. 40*). Einen weitergehenden Anspruch hat der Kläger nicht geltend gemacht. 38

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. 39

Klose

Schlünder

Heinkel

Starke

Nielebock

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 128/25  
11 SLa 449/24  
Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

## BESCHLUSS

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts am 26. Juni 2026 beschlossen:

Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 29. Januar 2026  
- 2 AZR 128/25 - wird nach Anhörung der Parteien in Rand-  
nummer 21 gemäß § 319 Abs. 1 ZPO von Amts wegen wie  
folgt berichtigt:

Im letzten Satz dieser Randnummer wird die Formulierung  
„aus ex ante-Sicht“ durch die Formulierung „aus ex post-  
Sicht“ ersetzt.

Klose

Schlünder

Heinkel