

Aktenzeichen: 2 AZR 10/82

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 30. Juni 1983

- 2 AZR 10/82 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 16. Juli 1981

Gelsenkirchen

- 3 Ca 3467/80 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 26. November 1981

Hamm

- 9 Sa 1116/81 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Schwerbehinderte - Kündigungsschutz

Gesetz:

Schwbg § 12, §§ 1, 3; BGB §§ 127, 130, 132; SGG §§ 77, 83, 84;
Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) §§ 39, 44

Leitsatz:

Einem schwerbehinderten Arbeitnehmer steht der Sonderkündigungsschutz des § 12 Schwbg auch dann zu, wenn die Frist für den Widerspruch gegen einen die Schwerbehinderteneigenschaft verneinenden Bescheid des Versorgungsamts nach Zugang der Kündigung abläuft, der Arbeitnehmer innerhalb der Regelfrist von einem Monat nach Zugang der Kündigung die Rücknahme des Bescheids wegen fehlerhafter Sachbehandlung (§ 44 SGB X) beantragt sowie dem Arbeitgeber hiervon Mitteilung macht, und das Versorgungsamt dann durch einen neuen Bescheid die Schwerbehinderteneigenschaft mit Rückwirkung auf die Zeit vor der Kündigung feststellt.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



2 AZR 10/82

9 Sa 1116/81 Hamm

Verkündet am
30. Juni 1983

Zeuner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30. Juni 1983 durch den Richter Professor Dr. Röhsler als Vorsitzenden, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Jansen und Strümper für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 26. November 1981 - 9 Sa 1116/81 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

V o n R e c h t s w e g e n !

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Der im Jahre 1921 geborene Kläger steht seit dem 4. April 1977 als nicht vollbeschäftigter Fleischbeschautierarzt in den Diensten der beklagten Stadt gegen ein Stundenentgelt von zuletzt 30,-- DM brutto. In dem Arbeitsvertrag war die Anwendung des Tarifvertrages zur Regelung der Rechtsverhältnisse der nicht vollbeschäftigten Fleischbeschautierärzte, Fleischbeschauer und Trichinenschauer in öffentlichen Schlachthöfen und in Einfuhruntersuchungsstellen vom 1. April 1969 (künftig: TV) vereinbart worden.

Mit Eingang beim Versorgungsamt Gelsenkirchen am 9. April 1980 beantragte der Kläger seine Anerkennung als Schwerbehinderter. Als gesundheitliche Mängel waren in dem Antrag u.a. eine durch Kinderlähmung verursachte Lähmung des linken Beins und Schwerhörigkeit angegeben. Der vom Versorgungsamt u.a. von dem behandelnden Arzt Dr. Qu angeforderte Befundbericht enthielt keine Stellungnahme zu der Beinlähmung. Gemäß Bescheid vom 13. Oktober 1980 stellte das Versorgungsamt als Behinderungen minimale Schwerhörigkeit rechts bei Normalhörigkeit links, Verschleiß der Wirbelsäule mit Nervenwurzelreizsyndrom sowie Emphysembronchitis und eine Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) von 30 % fest. Dieser Bescheid wurde lt. Vermerk des Versorgungsamts am 14. Oktober 1980 abgesandt.

Mit Schreiben vom 10. November 1980 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger unter Berufung auf § 17 Abs. 1 TV nach Zustimmung des Personalrats fristgemäß zum 31. Dezember 1980 mit der Begründung, ihm fehlten ausreichende Fachkenntnisse für die Tätigkeit als Fleischbeschautierarzt.

Die Beklagte gab das Kündigungsschreiben mit Zustellungsurkunde zur Zustellung an die Wohnadresse des Klägers zur Post. Da der Kläger bei dem Zustellversuch nicht angetroffen wurde, wurde das Schreiben am 12. November 1980 bei der Postanstalt niedergelegt. Am 14. November 1980 wurde dem Kläger in seiner Dienststelle eine Fotokopie des Kündigungsschreibens ohne Unterschrift und Datum sowie ein Begleitschreiben der Beklagten ausgehändigt, in dem u.a.



auf die Hinterlegung des Originalschreibens bei der Post hingewiesen wurde.

Mit Eingang beim Versorgungsamt am 20. November 1980 stellte der Kläger einen Antrag "auf Erteilung eines Zugunstenbescheids". Auf erneute Anforderung des Versorgungsamts bestätigte der Arzt Dr. Qu eine "Lähmung des linken Beins mit Klumpfuß und Gehbeschwerden, Zustand nach Kinderlähmung". Ein vom Versorgungsamt eingeholtes orthopädisches Fachgutachten vom 7. Mai 1981 enthält den Eingangssatz "Gang links deutlich hinkend" und schließt auf eine Einzel-MdE wegen der Lähmungsfolgen des linken Beins von 40 %, der Arthrose rechtes Knie von 10 % und auf eine Gesamt-MdE von 40 % ab Antragstellung. Durch Bescheid vom 25. Juni 1981 nahm das Versorgungsamt den Bescheid vom 13. Oktober 1980 teilweise zurück und stellte eine MdE von 50 % ab 1. April 1980 sowie folgende Behinderungen fest: Minimale Schwerhörigkeit rechts bei Normalhörigkeit links, Lähmung des linken Beins mit Verkürzung (6 cm) und Wirbelsäulenverschleiß, Emphysebronchitis. Der Bescheid ist auf § 44 des Sozialgesetzbuchs Zehntes Buch (SGB X) vom 18. August 1980 (BGBl. I S. 1469) gestützt.

Mit der am 16. Dezember 1980 bei Gericht eingegangenen und der Beklagten am 19. Dezember 1980 zugestellten Klage wendet sich der Kläger gegen die Kündigung. Er macht geltend, die Kündigung sei wegen fehlender Zustimmung der Hauptfürsorgestelle unwirksam, da schon im Zeitpunkt der Kündigung eine MdE von 50 % vorgelegen habe. Lediglich infolge eines Versehens habe das Versorgungsamt in dem im Oktober 1980 erhaltenen ersten Bescheid nur eine MdE von 30 % festgestellt. Die Beklagte sei über diesen Bescheid unterrichtet gewesen. Durch ein Mißverständnis habe er hiergegen nicht rechtzeitig Widerspruch eingelegt. Das Versorgungsamt habe ihm nahegelegt, einen neuen Antrag zu stellen. Hiervon habe er die Beklagte noch am 20. November 1980 unterrichtet. Das Versorgungsamt habe in der Sache seinen ursprünglichen Antrag vom April 1980 beschieden.

Der Kläger hat beantragt festzustellen, daß sein Arbeitsverhältnis bei der Beklagten durch die Kündigung der Beklagten zum 31. Dezember 1980 nicht aufgelöst worden ist.



- 4 -

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie ist der Ansicht, daß der Kläger den Kündigungsschutz des § 12 Schwb nicht in Anspruch nehmen könne. Eine Kündigung bedürfe der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle, wenn im Zeitpunkt ihres Zugangs eine MdE des Arbeitnehmers von mindestens 50 % festgestellt oder wenigstens ein Anerkennungsverfahren vor dem Versorgungsamt anhängig sei. Diese Voraussetzungen lägen im Entscheidungsfall nicht vor. Im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung sei durch den ersten Bescheid des Versorgungsamts eine MdE des Klägers von lediglich 30 % bestandskräftig festgestellt und damit das im April 1980 eingeleitete Anerkennungsverfahren formell abgeschlossen gewesen. Sein Antrag vom 20. November 1980 habe ein neues Anerkennungsverfahren eingeleitet. Die Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers sei auch nicht offenkundig gewesen. Der Kläger habe ihr am 20. November 1980 erklärt, daß er einen neuen Anerkennungsantrag gestellt habe.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger hat beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

A. Richtig ist zunächst der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts.

I. Dem Schwerbehinderten steht der volle Sonderkündigungsschutz der §§ 12 ff. SchwbG dann zu, wenn er im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung entweder einen Bescheid im Sinne des § 3 SchwbG über seine Schwerbehinderteneigenschaft erhalten oder wenigstens einen entsprechenden Antrag beim Versorgungsamt gestellt hat. Die mangelnde Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderteneigenschaft oder der Antragstellung ist dabei ohne Bedeutung, weil der Sonderkündigungsschutz allein an den objektiven Bestand der Schwerbehinderteneigenschaft anknüpft. Allerdings ist der Arbeitnehmer gehalten, dem Arbeitgeber innerhalb einer Regelfrist von einem Monat nach Zugang der



- 5 -

Kündigung Mitteilung von dem Bescheid oder der Antragstellung zu machen, wenn nicht der Sonderkündigungsschutz verwirken soll (BAG 30, 141 = AP Nr. 3 zu § 12 SchwbG; Urteile des Siebten Senats vom 14. Mai 1982 - 7 AZR 1221/79 - und vom 2. Juni 1982 - 7 AZR 32/80 -, EzA § 12 SchwbG Nr. 5 und 10, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung zunächst ein die Schwerbehinderteneigenschaft verneinender Bescheid des Versorgungsamts ergangen war, das Versorgungsamt jedoch nach Zugang der Kündigung auf einen rechtzeitig erhobenen Widerspruch des Arbeitnehmers durch Abhilfebescheid die Schwerbehinderteneigenschaft anerkennt und der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer innerhalb der Regelfrist von vier Wochen nach Zugang der Kündigung hiervon unterrichtet wird (vgl. Senatsurteil vom 19. April 1979 - 2 AZR 469/78 - AP Nr. 5 zu § 12 SchwbG).

II. Das Berufungsgericht hat zugunsten der Beklagten unterstellt, daß die Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers nicht als offenkundig anzusehen und der Beklagten deshalb nicht bereits im Zeitpunkt der Kündigung bekannt gewesen ist. Es hat hierzu ausgeführt, zwar sei der durch die Beinlähmung bedingte hinkende Gang des Klägers offenkundig, jedoch müsse daraus allein nicht unbedingt auf eine MdE von 50 % geschlossen werden.

Der Senat hat bisher die Frage offen gelassen, ob in Fällen offenkundiger Schwerbehinderteneigenschaft der Sonderkündigungsschutz der §§ 12 ff. SchwbG auch dann eingreift, wenn die Schwerbehinderteneigenschaft erst nach Zugang der Kündigung beantragt wird (vgl. BAG 29, 17 sowie Urteil vom 20. Oktober 1977 - 2 AZR 688/76 - AP Nr. 1 zu § 19 SchwbG, zu II 3 der Gründe). Auch der vorliegende Fall gibt keine Veranlassung, hierzu abschließend Stellung zu nehmen, weil nach dem unstreitigen Sachverhalt feststeht, daß für die Beklagte die Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers im Zeitpunkt der Kündigung nicht offenkundig war. Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, muß offenkundig nicht nur die gesundheitliche Behinderung, sondern auch ein



- 6 -

hierauf beruhender Grad der Erwerbsminderung von mindestens 50 % sein (vgl. BAG 29, 17). Im vorliegenden Fall hat jedoch selbst der vom Versorgungsamt als Gutachter beauftragte Facharzt wegen der allein offenkundigen Behinderung, nämlich der Beinlähmung, nur auf eine MdE von 40 % gefolgert. Zur Feststellung einer MdE von 50 % und damit einer Schwerbehinderteneigenschaft ist das abschließende Gutachten des Versorgungsamts erst unter Berücksichtigung der weiteren, bereits in dem ersten Bescheid festgestellten Behinderungen gelangt.

III. Das Berufungsgericht hat deshalb zu Recht geprüft, ob dem Kläger nach den oberstgerichtlichen Rechtsprechungsgrundsätzen der Sonderkündigungsschutz zusteht, obwohl der vorliegende Fall bisher noch nicht berücksichtigte Besonderheiten aufweist. In den bisher entschiedenen Fällen handelte es sich immer formell um dasselbe Anerkennungsverfahren, das entweder vor oder erst nach Zugang der Kündigung anhängig gemacht worden war. Der vorliegende Fall ist dagegen durch die Besonderheit gekennzeichnet, daß im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ein die Schwerbehinderteneigenschaft verneinender Bescheid des Versorgungsamts ergangen war, dieser nach Zugang der Kündigung unanfechtbar und bestandskräftig wurde, der Arbeitnehmer erst danach eine Rücknahme des Bescheids wegen unrichtiger Sachbehandlung seitens des Versorgungsamts beantragte, den Arbeitgeber hiervon innerhalb der einmonatigen Regelfrist unterrichtete und das Versorgungsamt später unter Rücknahme seines ersten Bescheids die Schwerbehinderteneigenschaft mit rückwirkender Kraft feststellte. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, daß dem Schwerbehinderten auch bei einer solchen Fallgestaltung der Sonderkündigungsschutz zusteht.

B. I. Das im April 1980 vom Kläger eingeleitete Anerkennungsverfahren nach § 3 SchwbG war zwar zu dem Zeitpunkt, zu dem die Kündigung als zugegangen zu gelten hat, noch anhängig. Jedoch wurde drei Tage später der zuvor ergangene, die Schwerbehinderung verneinende Bescheid des Versorgungsamts für den Kläger mit Rechtsbehelfen nicht mehr anfechtbar und das Anerkennungsverfahren damit zunächst formell beendet.



- 7 -

1. Das Arbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, daß die Kündigung der Beklagten dem Kläger am 14. November 1980 zugegangen sei. Jedoch muß der Kläger die Kündigung an diesem Tag in jedem Fall als zugegangen gegen sich gelten lassen.

a) Gemäß § 17 Abs. 2 des von den Parteien vertraglich in Bezug genommenen Tarifvertrages vom 1. April 1969 bedurfte die ordentliche Kündigung der Beklagten der Schriftform. Sie ist gewahrt, weil das Originalkündigungsschreiben eigenhändig unterzeichnet ist.

Ist für eine empfangsbedürftige Willenserklärung Schriftform vorgeschrieben, so wird sie jedoch erst wirksam, wenn sie dem Empfänger in ihrer Verkörperung, d.h. also in Urschrift, zugeht. Dies gilt sowohl für die gesetzliche wie für die vertraglich vereinbarte Schriftform (h.M., vgl. BGH LM Nr. 7 zu § 566 BGB; BGH NJW 1967, 823, 824; MünchKomm-Förschler, BGB, § 126 Rz 16; Palandt/Heinrichs, BGB, 42. Aufl., § 126 Anm. 4; BGB-RGRK, 12. Aufl., § 126 Rz 14, 15; Soergel/Hefermehl, BGB, 11. Aufl., § 126 Rz 21; Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., § 126 Rz 6, 7).

b) Die Urschrift des Kündigungsschreibens ist dem Kläger jedoch am 14. November 1980 nicht zugegangen.

aa) Das von der Beklagten mit Zustellungsurkunde zur Post gegebene Originalschreiben ist dem Kläger mit der Hinterlegung bei der Postanstalt nicht zugegangen. Die schriftliche Mitteilung über die Niederlegung ersetzt nicht den Zugang des niedergelegten Schriftstücks. Dies gilt sowohl für eingeschriebene Briefe (BAG Urteil vom 15. November 1962 - 2 AZR 301/62 - AP Nr. 4 zu § 130 BGB; BGH VersR 1971, 262) als auch dann, wenn das Schreiben, wie im Entscheidungsfall, im unmittelbaren Auftrag des Absenders mit Zustellungsurkunde zur Postzustellung gegeben worden ist (BGH NJW 1977, 194; Senatsurteil vom 25. Februar 1983 - 2 AZR 298/81 - zu I 2 a der Gründe, insoweit nicht zur Veröffentlichung bestimmt; KR-Friedrich, § 4 KSchG Rz 113 m.w.N.).

bb) Durch die auf Anordnung der beklagten Stadt vorgenommene Zustellung ist der Zugang des Originalschreibens auch nicht ersetzt worden.



- 8 -

Gemäß § 1 Abs. 1 des Verwaltungszustellungsgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (Landeszustellungsgesetz - LZG -) vom 23. Juli 1957 (GV.NW 1957, 213) stellen u.a. auch die Gemeinden nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes (VwZG) vom 3. Juli 1952 (BGBl. I S. 379) zu. Gemäß § 3 VwZG kann durch die Post mit Zustellungsurkunde zugestellt werden; hierfür gelten die Vorschriften der §§ 180 bis 186 und 195 Abs. 2 ZPO und damit auch die Bestimmung des § 182 ZPO über die Zustellung durch Niederlegung bei der Post. Die Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes gelten jedoch nicht für Erklärungen, die Behörden oder Körperschaften auf privatrechtlichem Bereich anderen gegenüber abzugeben haben (vgl. BGH NJW 1977, 194 - für die Zustellung nach dem Bayerischen Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz; Senatsurteil vom 25. Februar 1983, zu I 2 b aa der Gründe; ferner Staudinger/Dilcher, aaO, § 130 Rz 78, § 132 Rz 2).

Die Kündigung gilt auch nicht gemäß § 132 BGB mit der Niederlegung bei der Post als zugegangen. Diese Vorschrift ist nur anwendbar, wenn die Willenserklärung durch Vermittlung des Gerichtsvollziehers zugestellt wird (so die vorstehend bezeichneten Urteile des BGH und des Senats; ferner KR-Friedrich, § 4 KSchG Rz 116).

c) Der Kläger muß das Kündigungsschreiben jedoch am 14. November 1980 als zugegangen gegen sich gelten lassen. Er hat am 14. November 1980 eine unbeglaubigte Abschrift des Kündigungsschreibens mit dem Hinweis ausgehändigt erhalten, das Originalschreiben sei nach erfolglosem Zustellversuch bei der Postanstalt hinterlegt worden. Er hat die Abschrift entgegengenommen, ohne zu diesem Zeitpunkt oder später, insbesondere in der Begründung seiner zu Protokoll der Geschäftsstelle des Arbeitsgerichts am 16. Dezember 1980 erhobenen Klage, den fehlenden Zugang des Originalschreibens zu rügen. In diesem Verhalten ist ein rechtswirksamer Verzicht auf die Übersendung des Originalschreibens zu sehen (vgl. Soergel/Hefermehl, aaO, § 126 Rz 21; Palandt/Heinrichs, aaO, § 126 Anm. 4) so daß die Kündigung in jedem Falle am 14. November 1980 als zugegangen gilt.

- 9 -



- 9 -

2. Am 14. November 1980 war das durch den Antrag des Klägers vom April 1980 eingeleitete Anerkennungsverfahren zwar noch anhängig, wurde jedoch am 17. November 1980 zunächst formell beendet.

Der Bescheid des Versorgungsamts vom 13. Oktober 1980 wurde am 14. Oktober 1980 an den Kläger abgesandt. Nach § 27 Abs. 2 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung vom 2. Mai 1955 (EGBL I S. 202) in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. Mai 1976 (BGBl. I S. 1169), das gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 SchwbG damals für das Anerkennungsverfahren entsprechend anzuwenden war, galt die nach Abs. 1 dieses Gesetzes erforderliche Bekanntgabe des Bescheids mit dem dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bewirkt, wenn sie durch einfachen Brief erfolgte, außer wenn der Brief nicht oder später zugegangen war. Der Kläger hat in der Klagebegründung selbst vorgetragen, daß er den Bescheid - im Oktober - erhalten habe. Der dritte Tag nach der Absendung galt auch dann als Tag der Bekanntgabe, wenn der Bescheid tatsächlich früher zugegangen war (vgl. für die gleichlautenden Vorschriften des § 41 Abs. 2 Satz 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 25. Mai 1976, BGBl. I S. 1253 - VwVfG und des § 37 Abs. 2 SGB X: Knack, VwVfG, 2. Aufl., § 41 Rz 5.2.1; Meyer/Borgs, VwVfG, 2. Aufl., § 41 Rz 13; Schroeder-Printzen/Engelmann, SGB X, § 37 Anm. 4). Der Bescheid vom 13. Oktober 1980 gilt somit am 17. Oktober 1980, einem Freitag, als bekanntgegeben. Von diesem Tag an lief die einmonatige Frist für den gegen den Bescheid für den Kläger gegebenen Widerspruch (§ 3 Abs. 6 Satz 1 SchwbG, §§ 64, 83, 84 SGG). Sie endete am Montag, dem 17. November 1980. Mit dem Ablauf dieses Tages war der Bescheid gemäß § 77 SGG für den Kläger unanfechtbar und bestandskräftig geworden.

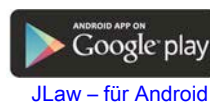
II. Mit dem am 20. November 1980 beim Versorgungsamt gestellten Antrag hat der Kläger ein auf Rücknahme des bestandskräftig gewordenen Bescheids vom 13. Oktober 1980 und rückwirkende Anerkennung seiner Schwerbehinderteneigenschaft gerichtetes Verfahren eingeleitet.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Patentbank nach § 87a ff. UrhG geschützt.

- 10 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 10 -

Bereits nach § 40 Abs. 1 KOVVerfG konnte die Verwaltungsbehörde zugunsten des Berechtigten jederzeit und damit auch nach Eintritt der Bestandskraft einen neuen Bescheid erteilen. Hierauf war der Antrag des Klägers vom 20. November 1980 gerichtet. Eine allgemeine, über die bisher in § 40 Abs. 1 KOVVerfG, §§ 627, 1300 RVO und ähnliche Vorschriften hinausgehende Regelung für den gesamten Bereich des Sozialrechts wurde in § 44 SGB X geschaffen, der gemäß Art. II § 40 Abs. 2 Satz 1 SGB X auch für die Aufhebung eines vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes am 1. Januar 1981 erlassenen Bescheids und damit auch für die Aufhebung des Bescheids vom 13. Oktober 1980 anzuwenden war. Nach § 44 Abs. 1 SGB X ist ein Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, soweit sich im Einzelfall ergibt, daß bei seinem Erlass das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und soweit deshalb Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht oder Beiträge zu Unrecht erhoben worden sind. Absatz 2 dieser Vorschrift bestimmt, daß im übrigen ein rechtswidriger nicht begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft zurückzunehmen ist und für die Vergangenheit - im Gegensatz zu der Muß-Vorschrift des Abs. 1 - zurückgenommen werden kann. Im Streitfall liegt der Tatbestand des Abs. 2 vor, da Abs. 1 sich auf Verwaltungsakte bezieht, durch die Sozialleistungen im Sinne der Begriffsbestimmung des § 11 Abs. 1 des Ersten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB I), mithin Dienst-, Sach- und Geldleistungen, zu denen die Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft nicht gehört, zu Unrecht versagt wurden (vgl. Hauck/Haines, SGB X 1, 2, K § 44 Rz 11; Schroeder-Printzen/Wiesner, aaO, § 44 Anm. 2). Der Kläger hatte somit zwar gemäß § 44 Abs. 2 SGB X nur einen Rechtsanspruch auf Abänderung des Bescheids mit Wirkung für die Zukunft, aber auch einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über eine Abänderung des Bescheids für die Vergangenheit (vgl. Hauck/Haines, aaO, K § 44 Rz 27). Das Versorgungsamt hat dem Antrag des Klägers, der nach dem

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Inhalt der Versorgungsamtsakte auch offensichtlich berechtigt war, durch den Bescheid vom 25. Juni 1981 entsprochen. Dieser Bescheid ist, nachdem hiergegen kein Widerspruch eingelegt wurde, gemäß § 39 Abs. 2 SGB X, § 77 SGG für die Beteiligten bestandskräftig. Aufgrund seiner Tatbestandswirkung ist er für die Gerichte und damit auch im vorliegenden Fall verbindlich (vgl. Schroeder-Printzen, aaO, § 39 Vorbem. 4 m.w.N.; für die entsprechende Vorschrift des § 43 VwVfG Meyer/Borgs, aaO, § 43 Rz 9; Knack, aaO, § 43 Rz 2.2.4).

III. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, daß der Kläger bei dieser Sachlage sich gegenüber der Beklagten auf die rückwirkend für die Zeit vor dem Ausspruch der Kündigung festgestellte Schwerbehinderteneigenschaft berufen kann.

1. Der Grundsatz, daß dem Schwerbehinderten der besondere Kündigungsschutz nur zugute kommt, wenn er im Zeitpunkt der Kündigung wenigstens ein Feststellungsverfahren nach § 3 SchwbG eingeleitet hat, beruht auf folgenden Erwägungen (vgl. BAG 29, 17; 29, 334 und 30, 141):

Aus dem systematischen Zusammenhang der §§ 3 und 12 SchwbG ergibt sich, daß die Schwerbehinderteneigenschaft grundsätzlich vorab in einem gerichtlich nachprüfaren behördlichen Vorverfahren festgestellt werden soll, obwohl sie bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 SchwbG schon kraft Gesetzes vor Einleitung dieses Verfahrens gegeben sein kann. Wegen der allein dem Arbeitnehmer im Interesse des Persönlichkeitsschutzes vorbehaltenen Antragsbefugnis hat der Arbeitgeber keine Möglichkeit, vor Ausspruch der Kündigung die Schwerbehinderteneigenschaft eines Arbeitnehmers verbindlich zu klären. Ferner bedarf im Gegensatz zum früheren Recht jede Kündigung der vorherigen Zustimmung durch die Hauptfürsorgestelle.

Für die Fälle, in denen der Arbeitnehmer vor einer Kündigung kein behördliches Feststellungsverfahren eingeleitet hat, enthält das Schwerbehindertengesetz eine Regelungslücke. Das in § 12 SchwbG vorgesehene Zustimmungsverfahren ist nicht durchführbar. Die Hauptfürsorgestelle kann vor einer Fest-



stellung der Schwerbehinderteneigenschaft keine Entscheidung über die Zustimmung zu einer beabsichtigten Kündigung treffen, weil ihre Zuständigkeit ungeklärt wäre, die nur besteht, wenn gegenüber einem Schwerbehinderten über die Zustimmung zur Kündigung zu entscheiden ist. Der denkbare Ausweg, daß die Hauptfürsorgestelle bis zur gesetzmäßigen Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft ein sog. Negativattest erteilt, würde zu undurchführbaren Auswirkungen für die Arbeitgeber und die beteiligten Behörden führen. Die Arbeitgeber müßten praktisch vor jeder Kündigung vorsichtshalber bei der Hauptfürsorgestelle den Zustimmungsantrag stellen.

Anders liegt der Fall, wenn im Zeitpunkt der Kündigung zumindest schon ein Feststellungsverfahren nach § 3 SchwbG anhängig ist (vgl. BAG 30, 141 sowie Senatsurteil vom 23. Februar 1978 - 2 AZR 214/77 - AP Nr. 4 zu § 12 SchwbG, zu 2 der Gründe):

Der Arbeitgeber ist hierdurch bereits objektiv in die Lage versetzt, die Zustimmung zur Kündigung zu beantragen. Ist ihm vor Ausspruch der Kündigung bekannt, daß ein Feststellungsverfahren läuft, kann und muß er die Zustimmung zu der beabsichtigten Kündigung beantragen. Die Hauptfürsorgestelle kann dann zwar nicht sofort entscheiden, aber ihre Entscheidung bereits vorbereiten. Sie wird sich durch Rückfrage über den Stand des Feststellungsverfahrens unterrichten und ihr Verfahren zumindest dann, wenn es um die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung geht, bis zur Entscheidung des Versorgungsamts aussetzen.

Auch wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung von dem anhängigen Verfahren nichts weiß, steht dem Zustimmungsverfahren kein objektives Hindernis entgegen. Der Arbeitgeber hat allerdings erst dann einen Anlaß, die Zustimmung zu einer Kündigung zu beantragen, wenn der Arbeitnehmer nachträglich unter Hinweis auf das bereits eingeleitete Feststellungsverfahren seinen besonderen Kündigungsschutz geltend macht. Dieser Umstand rechtfertigt es jedoch in der Regel nicht, dem Schwerbehinderten auch dann den besonderen Kündigungsschutz zu versagen, weil er jedenfalls rechtzeitig die Geltendmachung des besonderen Kündigungs-



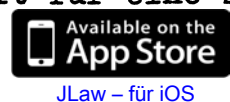
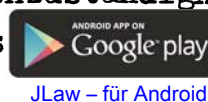
- 13 -

schutzes vorbereitet hat. Wenn der Arbeitgeber nach der Kündigung von dem anhängigen Feststellungsverfahren erfährt, kann er nunmehr die Zustimmung beantragen, allerdings nur zu einer erneuten Kündigung. Der Arbeitnehmer muß sich dann aber ebenfalls innerhalb einer Regelfrist von einem Monat gegenüber dem Arbeitgeber auf das Feststellungsverfahren berufen, weil das Gebot der Rechtssicherheit im Kündigungsrecht eine zeitliche Begrenzung auch bei der Geltendmachung des Kündigungsschutzes durch den Arbeitnehmer erfordert.

2. Aus diesen Überlegungen folgt, daß der Sonderkündigungsschutz einem Arbeitnehmer auch noch dann zukommt, wenn die Frist für den Widerspruch gegen einen die Schwerbehinderteneigenschaft verneinenden Bescheid des Versorgungsamts erst nach Zugang der Kündigung abläuft, der Arbeitnehmer jedoch innerhalb der Regelfrist von einem Monat nach Zugang der Kündigung die Rücknahme des Bescheids wegen unrichtiger Sachbehandlung beantragt und dem Arbeitgeber hiervon Mitteilung macht.

a) Der Arbeitnehmer hatte in diesem Fall die Inanspruchnahme des besonderen Kündigungsschutzes vorbereitet, der ihm, wie nachträglich durch den neuen Bescheid feststeht, auch materiellrechtlich zustand und nur durch eine von ihm nicht zu vertretende falsche Sachbehandlung seitens des Versorgungsamts versagt worden war.

b) Der Arbeitgeber war auch zunächst objektiv in der Lage, die Zustimmung zur Kündigung zu beantragen. Auch die Hauptfürsorgestelle könnte, wäre sie mit einem Zustimmungsantrag befaßt worden, durch Rückfrage beim Versorgungsamt ermitteln. Sie würde allerdings ihr Verfahren zunächst bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist aussetzen und dann erneut beim Versorgungsamt rückfragen. Nach dem Fristablauf würde dem Arbeitgeber dann jedoch zunächst das Weiterbetreiben des Zustimmungsverfahrens objektiv unmöglich. Für die Hauptfürsorgestelle bestünde keine Veranlassung zu einer weiteren Aussetzung ihres Verfahrens, weil für sie infolge der Tatbestandswirkung des bestandskräftig gewordenen, die Schwerbehinderteneigenschaft verneinenden Bescheids des Versorgungsamts zunächst ihre Unzuständigkeit für eine Zustimmung



c) Dieses objektive Verfahrenshindernis wird jedoch durch die Einleitung eines Verfahrens mit dem Ziel der Rücknahme des bestandskräftig gewordenen Bescheids und der Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft für die Vergangenheit wieder beseitigt. Das Rücknahmeverfahren entspricht im Bereich des Verwaltungsverfahrens dem gerichtlichen Wiederaufnahmeverfahren, ist jedoch diesem gegenüber in seinen Voraussetzungen erheblich großzügiger. Verläuft es erfolgreich, so wird im Ergebnis dem ursprünglichen Feststellungsantrag entsprochen. Es besteht auch ein enger sachlicher Zusammenhang mit dem ursprünglichen Feststellungsverfahren, weil die neue Entscheidung voraussetzt, daß die Schwerbehinderteneigenschaft bereits im Zeitpunkt der ursprünglichen Antragstellung bestand und nur vom Versorgungsamt fehlerhaft verkannt wurde. Der Arbeitgeber wird objektiv wieder in die Lage versetzt, die Zustimmung zur Kündigung zu betreiben, und die Hauptfürsorgestelle kann nach Rückfrage beim Versorgungsamt ihre Entscheidung vorbereiten und das Zustimmungsverfahren bis zur erneuten Entscheidung der Hauptfürsorgestelle aussetzen. Diese Umstände rechtfertigen es, die Rechtslage so zu beurteilen, wie wenn das ursprüngliche Feststellungsverfahren durch Widerspruch gegen den die Schwerbehinderteneigenschaft verneinenden Bescheid weiterverfolgt worden wäre.

d) Allerdings muß auch in diesen Fällen das Rücknahmeverfahren innerhalb der Regelfrist von einem Monat nach Zugang der Kündigung anhängig gemacht und der Arbeitgeber innerhalb dieser Frist auch hiervon unterrichtet werden, wenn sich der Arbeitnehmer den Sonderkündigungsschutz erhalten will. Dem Arbeitgeber wird damit gegenüber den bisher entschiedenen Fällen nichts Unbilliges zugemutet, da er ebenfalls nicht länger als einen Monat nach Ausspruch der Kündigung das Risiko zu tragen hat, ob die Kündigung wegen einer ihm unbekannten Schwerbehinderteneigenschaft unwirksam ist. Er steht nicht anders, als wenn die Kündigung gleichzeitig mit dem für den Arbeitnehmer negativen Bescheid des Versorgungsamts dem Arbeitnehmer zuginge und dieser am letzten Tag der einmonatigen Widerspruchsfrist Widerspruch



- 15 -

einlegen und den Arbeitgeber hiervon verständigen würde. Ist die Widerspruchsfrist dagegen bereits vor Zugang der Kündigung abgelaufen, so bestand für den Arbeitgeber wie in den Fällen, in denen noch kein Antrag gestellt worden war, ein objektives Hindernis zur Einleitung eines Zustimmungsverfahrens, so daß dann dem Arbeitnehmer der Sonderkündigungsschutz zu versagen ist.

3. Die Anwendung der vorstehenden Grundsätze auf den Entscheidungsfall ergibt, daß der Kläger den Sonderkündigungsschutz in Anspruch nehmen kann und die Kündigung der Beklagten wegen fehlender Zustimmung der Hauptfürsorgestelle gemäß § 134 BGB unwirksam ist.

Das vom Kläger eingeleitete Feststellungsverfahren war im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung noch anhängig. Der Kläger hat nach dem am 14. November 1980 anzunehmenden Zugang der Kündigung am 20. November 1980 und somit innerhalb der einmonatigen Regelfrist das Rücknahmeverfahren eingeleitet. Er hat am selben Tag die Beklagte auch hiervon unterrichtet. Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten hat der Kläger ihr gegenüber am 20. November 1980 erklärt, daß er einen neuen Antrag auf Zuerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft gestellt habe. Damit hat er aber genügend zum Ausdruck gebracht, daß ein früheres Verfahren erfolglos geblieben war, er es hierbei aber nicht bewenden lassen wollte. Eine nähere rechtliche Qualifizierung seines "neuen" Antrags war nicht erforderlich. Die Beklagte war zunächst in der Lage, ein Zustimmungsverfahren nach § 12 SchwbG zu betreiben. Ob sie zuvor von dem früheren Feststellungsverfahren und seinem Ausgang gewußt hat, ist unerheblich. Auf subjektives Wissen beim Arbeitgeber kommt es nur bei der Einhaltung der einmonatigen Regelfrist ab Zugang der Kündigung an.

Dr. Röhsler Triebfürst Dr. Weller
Jansen Strümper



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

