

Urteil vom 28. Juli 1983
- 2 AZR 122/82 -

Urteil vom 20. August 1981
- 3 Ca 1497/81 -

Urteil vom 19. Februar 1982
- 4 Sa 462/81 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Rechtsfolgen der Verletzung der Anhörungspflicht nach
§ 22 Abs. 2 SchwbG

Gesetz: SchwbG § 22 Abs. 2, § 24 Abs. 5, § 65 Abs. 1 Ziff. 8;
BGB § 134

Leitsätze:

Die Kündigung eines Schwerbehinderten, die ein Arbeitgeber ausspricht, ohne zuvor nach § 22 Abs. 2, § 24 Abs. 5 SchwbG den Vertrauensmann oder den Gesamtvertrauensmann der Schwerbehinderten unterrichtet und angehört zu haben, ist aus diesem Grunde weder wegen Fehlens einer Wirksamkeitsvoraussetzung noch wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB i.V.m. § 65 Abs. 1 Ziffer 8 SchwbG) unwirksam.

2 AZR 122/82

4 Sa 462/81 Schleswig-Holstein

Verkündet am
28. Juli 1983

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

U R T E I L !

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128
Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 28. Juli 1983 durch den Vor-
sitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Prof. Dr. Röhler
und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Thieß und
Dr. Schlemmer für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 19. Februar 1982 - 4 Sa 462/81 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

T a t b e s t a n d :

Der 43 Jahre alte Kläger war bei der Beklagten seit dem 16. Juni 1971 als Hofarbeiter und Gabelstaplerfahrer beschäftigt. Daneben reinigte er auf dem Gelände seines Arbeitgebers in der Freizeit auch privat Jachten gegen Entgelt. Mit Bescheid des Versorgungsamtes vom Februar 1978 wurde er mit einer Erwerbsminderung von 70 % als Schwerbehinderter anerkannt. Der damalige Prokurist der Beklagten, Herr O , teilte dem Kläger mit Schreiben vom 18. Mai 1981 mit, die Ausführung eines Arbeitsauftrages zur Reinigung eines Schiffes grenze schon an Sabotage. Er sehe darin eine grobe Pflichtverletzung und wolle den Kläger außerhalb seiner Dienststunden nicht mehr auf dem "A -Gelände" sehen. Der Kläger erhalte Hausverbot außerhalb seiner Dienststunden.



Am 5. Juni 1981 führte der Kläger nach Arbeitsschluß im Auftrag eines Bootseigners an dessen Motorsportboot Putz- und Pflegearbeiten durch. Der Liegeplatz des Bootes befand sich auf einem Gelände mit der Bezeichnung "Corona Marina", das durch einen Zaun vom Werftgelände der Beklagten getrennt ist. Es kam deswegen zu einer Auseinandersetzung zwischen dem Kläger und dem früheren Prokuristen der Beklagten, der den Kläger aufforderte, das Hafengelände zu verlassen und nach dessen Weigerung die Wasserschutzpolizei zu Hilfe rief. Der genaue Verlauf der Auseinandersetzung ist zwischen den Parteien streitig.

Nachdem die Beklagte dem Kläger wegen dieses Vorfalls am 5. und 6. Juni 1981 ohne Zustimmung der Hauptfürsorgestelle gekündigt hatte, teilte sie ihrem Betriebsrat am 8. Juni 1981 mit, sie beabsichtige, den Kläger wegen Hausfriedensbruchs zu entlassen. Der Betriebsrat der Beklagten hat seine Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung am 9. Juni 1981 mündlich und am 16. Juni 1981 schriftlich erteilt. Am 10. Juni 1981 hatte die Beklagte bereits die Zustimmung zur Kündigung des Klägers bei der Hauptfürsorgestelle beantragt. Diesem Antrag ist mit Bescheid vom 19. Juni 1981 stattgegeben worden. Nach Vorlage des Zustimmungsbescheides hat die Beklagte mit Schreiben vom 22. Juni 1981, dem Kläger zugegangen am 23. Juni 1981, das Arbeitsverhältnis erneut fristlos gekündigt.

Der Kläger hat Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch die mit Schreiben der Beklagten vom 22. Juni 1981 ausgesprochene Kündigung nicht aufgelöst worden sei.



Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorge-
tragen, der Kläger habe am 5. Juni 1981 mit seinem Motorboot
ihren Jachthafen befahren und dann mit privaten Putz- und Pfle-
gearbeiten auf einer Motorjacht begonnen. Dieser Sachverhalt er-
fülle den Tatbestand des Hausfriedensbruchs, weil dem Kläger
schon vorher verboten worden sei, ihr Betriebsgelände außerhalb
der Betriebszeit zu betreten. Der Kläger habe die Aufforderung
des Prokuristen, das Hafengelände zu verlassen, nicht befolgt,
sondern den Prokuristen beschimpft und ihm angedroht, ihn durch
andere umbringen zu lassen.

Der Kläger hat auf die Vorwürfe der Beklagten erwidert, das
ihm erteilte Hausverbot sei unwirksam gewesen. Bei der Beklagten
hätten üblicherweise eine ganze Anzahl von Arbeitnehmern in ihrer
Freizeit Bootspflegearbeiten für im Yachthafen liegende Schiffe
durchgeführt. Die Betreuung des Bootes, an dem er am 5. Juni
1981 gearbeitet habe, sei ihm sogar vom Geschäftsführer der Be-
klagten vermittelt worden. Das Gelände der "Corona Marina" gehöre
zudem nicht zum Betriebsgelände der Beklagten, sondern anderen
Firmen. Er habe den Prokuristen am 5. Juni 1981 nicht bedroht
und in der von ihm provozierten Auseinandersetzung auch nicht in
der behaupteten Weise beleidigt.

Das Arbeitsgericht hat nach Beweisaufnahme über den Verlauf
der Auseinandersetzung am 5. Juni 1981 die Klage als unbegründet
abgewiesen, weil der Kläger der Beklagten durch Beschimpfungen
und Bedrohungen ihres Prokuristen die Fortsetzung des Arbeits-
verhältnisses unzumutbar gemacht habe.



Zur Begründung seiner Berufung hat der Kläger die Unwirksamkeit der von ihm angegriffenen Kündigung weiter damit begründet, der Vertrauensmann der Schwerbehinderten sei vor der Kündigung nicht gehört worden. Nach § 22 Abs. 2 SchwbG sei der Vertrauensmann der Schwerbehinderten vom Arbeitgeber in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen Schwerbehinderten berührten, rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung zu hören. Dieses Beteiligungsgeschäft gehe in Betrieben, in denen, wie bei der Beklagten, ein Vertrauensmann nicht gewählt worden sei, auf den Gesamtvertrauensmann über (§ 24 Abs. 5 SchwbG). Das werde durch die Verweisung des § 24 Abs. 6 SchwbG auf § 22 Abs. 2 SchwbG klargestellt. Wie dem § 22 Abs. 2 SchwbG in Verbindung mit § 57 Abs. 1 Ziff. 7 SchwbG zu entnehmen sei, dürfe der Arbeitgeber keine einen Schwerbehinderten unmittelbar berührende Maßnahme ohne vorherige Anhörung des Vertrauensmannes der Schwerbehinderten durchführen. Damit folge die Nichtigkeit der angegriffenen Kündigung bereits aus § 134 BGB.

Die Beklagte hat auf diesen Vortrag des Klägers erwidert, eine Anhörung des Vertrauensmannes der Schwerbehinderten bzw. des Gesamtvertrauensmannes habe es im vorliegenden Fall vor Anrufung der Hauptfürsorgestelle nicht bedurft. Personalmaßnahmen würden von § 22 SchwbG nicht erfaßt, wie die wortgleiche Anlehnung dieser Vorschrift an § 80 Abs. 1 Ziff. 1 bis 3 BetrVG zeige. Im übrigen habe der Vertrauensmann der Schwerbehinderten das Recht, an Betriebsratssitzungen beratend teilzunehmen, so daß er die Rechte der Schwerbehinderten in Personalangelegenheiten anderweitig ausreichend vertreten könne. Der Einwand mangelnder



Anhörung des Vertrauensmannes greife deshalb im Streitfall nicht durch.

Während des Berufungsverfahrens ist der Widerspruch des Klägers gegen die Zustimmung zur Kündigung zurückgewiesen worden. Der Kläger hat gegen den Bescheid des Widerspruchsausschusses Klage beim Verwaltungsgericht erhoben, die noch nicht rechtskräftig beschieden worden ist.

Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und der Feststellungsklage stattgegeben.

Auf einen Protokollberichtigungsantrag der Beklagten hat der Vorsitzende der erkennenden Kammer des Landesarbeitsgerichts ihrem Prozeßbevollmächtigten folgendes mitgeteilt: Es werde auf die Ausführungen des Klägers in seiner Berufungsbegründung verwiesen. Danach sei zwar unstreitig, daß ein Vertrauensmann im Betrieb der Beklagten nicht gewählt worden sei. Die Verpflichtung der Beklagten zur Anhörung des Vertrauensmannes folge aber aus der in der Berufungsbegründung weiter genannten gesetzlichen Vorschrift. Die Beklagte hat daraufhin den Antrag auf Protokollberichtigung zurückgenommen.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Zurückweisung der Berufung des Klägers weiter, während der Kläger beantragt, die Revision der Beklagten zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

Die begründete Revision führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreites an das Landesarbeitsgericht, weil die streitbefangene Kündigung nicht bereits wegen einer möglichen Verletzung der Anhörungspflicht nach § 22 Abs. 2 in Verbindung mit § 24 Abs. 5 SchwbG unwirksam ist.

A. Das Landesarbeitsgericht hat es offengelassen, ob ein wichtiger Grund zur fristlosen Entlassung des Klägers vorgelegen habe, da die Kündigung schon deshalb rechtsunwirksam sei, weil die Beklagte vor der Kündigung nicht den Vertrauensmann der Schwerbehinderten gehört habe. Nach § 22 Abs. 2 SchwbG sei der Vertrauensmann der Schwerbehinderten vom Arbeitgeber in allen Angelegenheiten, die den einzelnen Schwerbehinderten berührten, rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung zu hören. Das sei unterblieben und diese Unterlassung führe zur Rechtsunwirksamkeit der Kündigung. Die Kammer sei der Überzeugung, daß in Anbetracht des zwingenden Gesetzeswortlauts die ohne vorherige Anhörung des Vertrauensmannes ausgesprochene Kündigung entweder wegen Fehlens einer Wirksamkeitsvoraussetzung, oder aber wegen Gesetzesverstosses nach § 134 BGB nichtig sei. Dem stehe nicht die Tatsache entgegen, daß nach dem Widerspruchsbescheid "der Vertrauensmann der Schwerbehinderten" an dieser Entscheidung mitgewirkt habe. Dadurch sei die vom Gesetz ausdrücklich geforderte, aber unterlassene vorherige Anhörung des Vertrauensmannes nicht geheilt.



B. Diese Würdigung beruht auf einer unrichtigen Auslegung des § 22 Abs. 2, § 24 Abs. 5 SchwbG und des § 134 BGB in Verbindung mit § 65 Abs. 1 Nr. 8 SchwbG.

I. Das Landesarbeitsgericht hat, durch die Verweisung auf die Berufungsbegründung des Klägers noch erkennbar, seiner rechtlichen Würdigung folgenden Sachverhalt als unstreitig zugrunde gelegt: Für den Betrieb der Beklagten ist zwar kein Vertrauensmann für Schwerbehinderte gewählt worden. Es besteht aber ein Gesamtbetriebsrat, dessen Gesamtvertrauensmann die Beklagte vor Ausspruch der Kündigung des Klägers nicht angehört hat. Gegen diese tatsächliche Entscheidungsgrundlage wendet sich die Beklagte erfolglos mit einer Verfahrensrüge. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts widerspricht weder der Lebenserfahrung noch dem Vorbringen der Parteien in den Vorinstanzen. Die Größe und die Struktur des Betriebes bzw. des Unternehmens der Beklagten ist zwischen den Parteien nicht erörtert und klargestellt worden. Dazu bestand aber für die Beklagte bereits im Berufungsverfahren Anlaß, nachdem der Kläger sich in der Berufungsbegründung auf die fehlende Anhörung des Gesamtvertrauensmannes berufen hatte. Statt darauf zu verweisen, es gebe auch keinen für ihren Betrieb zuständigen Gesamtvertrauensmann, hat sich die Beklagte darauf beschränkt, die vermeintliche Unanwendbarkeit des § 22 Abs. 2 SchwbG für personelle Maßnahmen darzulegen, die den Schwerbehinderten betreffen. Nachdem die Beklagte es im Berufungsverfahren versäumt hat, die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung der §§ 22, 24 SchwbG zu bestreiten, ist es ein unzulässiger neuer Tatsachenvortrag, wenn sie nunmehr in der Revisionsbegründung



vorbringt, der Kläger handele rechtsmißbräuchlich, wenn er sich auf die fehlende Beteiligung "des Vertrauensmannes" berufe. Er wisse genau, daß in ihrem Betrieb weder ein Vertrauensmann noch ein Gesamtvertrauensmann vorhanden sei. Diese angeblich erforderliche "Klarstellung" hätte die Beklagte allenfalls mit dem von ihr zurückgenommenen Antrag auf Berichtigung des Protokolls der Berufungsverhandlung erreichen können.

II. Rechtsirrig ist auch die Auffassung der Revision, personelle Maßnahmen, wie die beabsichtigte Kündigung eines Schwerbehinderten, unterlägen nicht der Unterrichts- und Anhörungspflicht nach § 22 Abs. 2 SchwbG. Diese Vorschrift sieht nach einhelliger und zutreffender Auffassung eine umfassende Unterrichtung und Anhörung des Vertrauensmannes in allen Angelegenheiten der Schwerbehinderten im weitesten Sinne vor (vgl. Gröninger, SchwbG, § 22 Anm. 6 und Wilrodt/Neumann, SchwbG, 5. Aufl., § 22 Rz 8). Das gilt insbesondere auch für beabsichtigte Kündigungen. Die Interessen von Schwerbehinderten hat in Betrieben, in denen kein Vertrauensmann gewählt worden ist, nach § 24 Abs. 5 SchwbG der Gesamtvertrauensmann zu vertreten, und zwar nicht nur, soweit sie das Gesamtunternehmen betreffen, sondern aufgrund eigener Kompetenz auch im Bereich der Einzelbetriebe (Wilrodt/Neumann, aaO, § 24 Rz 3).

III. Nicht zu folgen ist hingegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts, die Verletzung des § 22 Abs. 2 in Verbindung mit § 24 Abs. 5 SchwbG führe bei der Kündigung eines Schwerbehinderten wegen Fehlens einer Wirksamkeitsvoraussetzung oder Ver-



letzung eines gesetzlichen Verbotes zu deren Unwirksamkeit.

1. Im Schrifttum und in der Rechtsprechung der Instanzgerichte ist es allerdings streitig, welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen § 22 Abs. 2 SchwbG hat.

a) Nach der im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung bleibt es privatrechtlich sanktionslos, wenn es der Arbeitgeber unterläßt, den Vertrauensmann vor der beabsichtigten Kündigung eines Schwerbehinderten zu unterrichten und anzuhören (Becker/Falkenberg/Feichtinger/Fuchs/Moser/Stuhl, Kündigung von Arbeitsverhältnissen durch den Arbeitgeber, München 1983, S. 115; Braasch, SchwbG, Handbuch des Arbeitsrechts, Gruppe VII B, § 12 Rz 24; Jung/Cramer, SchwbG, 2. Aufl., § 22 Rz 7; KR-Etzel, § 12 bis 17 SchwbG Rz 32; Neubert/Becke, SchwbG, § 22 Anm. 7, S. 226; Weber, SchwbG, Stand Juni 1977, § 22 Anm. 2, S. 4 a; Wilrodt/Neumann, aaO, § 22 Rz 9; ebenso: LAG Düsseldorf vom 4. September 1979 - 11 Sa 948/79 - AR-Blattei, "Schwerbehinderte", Entsch. Nr. 50). Diese Auslegung wird im wesentlichen damit begründet, schon nach dem bisherigen Schwerbehindertenrecht sei eine Maßnahme des Arbeitgebers nicht schon deshalb unwirksam gewesen, weil der Vertrauensmann vor ihrer Durchführung nicht angehört wurde. Die Unterrichtung und Anhörung des Vertrauensmannes sei auch nach dem neuen § 22 Abs. 2 SchwbG keine Wirksamkeitsvoraussetzung für eine rechtsgeschäftliche Maßnahme des Arbeitgebers. Wenn die Anhörung einer Arbeitnehmervertretung Wirksamkeitsvoraussetzung sein solle, habe der Gesetzgeber das neuerdings ausdrücklich bestimmt (§ 102 Abs. 1 BetrVG, § 69 Abs. 1,



§ 79 Abs. 4 BPersVG). Diese ausdrückliche Rechtsfolgenregelung sei in § 22 SchwbG unterblieben. Der Gesetzgeber habe zwar überlegt, welche Sanktion für § 22 Abs. 2 SchwbG angebracht sei, aber nicht die Unwirksamkeit der Maßnahme, sondern nur eine Buße nach § 57 Abs. 1 Nr. 8 SchwbG (jetzt § 65 Abs. 1 Nr. 8 SchwbG) gewählt. Wäre demgegenüber zusätzlich noch die privatrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung gewollt gewesen, hätte der Gesetzgeber das – wie im BetrVG 1972 und dem kurz zuvor erlassenen BPersVG – geregelt. Es sei auch sachgerecht, nicht auch noch die Unterrichtung oder Anhörung des Vertrauensmannes zur Wirksamkeitsvoraussetzung einer Kündigung zu machen, weil insbesondere die Hauptfürsorgestelle und der Betriebs- oder Personalrat die Aufgabe hätten, die Belange der einzelnen Schwerbehinderten zu wahren.

b) Demgegenüber begründet Herschel (SAE 1976, 162 ff.) die Unwirksamkeit einer Kündigung bei einer unterlassenen Anhörung des Vertrauensmannes mit der Bedeutung der Anhörungspflicht. Soweit es bei einer nach § 22 SchwbG anhörungspflichtigen Maßnahme um einen Eingriff in die Rechtsstellung des Schwerbehinderten gehe, dürfe nicht übersehen werden, daß auch Beamte zu den Schwerbehinderten gehörten. Der fehlerhafte Eingriff sei bei Beamten (§ 47 SchwbG) ein Verwaltungsakt und demgemäß, von Fällen absoluter Nichtigkeit abgesehen, zwar gültig aber anfechtbar. So sei auch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (AP Nr. 1 zu § 36 SchwBeschG) zu verstehen. Diese Grundsätze dürften allerdings nicht verallgemeinernd auf Arbeitsverhältnisse übertragen werden. Wenn die Kündigung eines Arbeitnehmers ohne vor-



herige Anhörung des Vertrauensmannes ausgesprochen worden sei, müsse sie als nichtig erachtet werden, weil dann der vom Gesetz vorgesehene Kündigungstatbestand nicht vollständig vorliege.

Diese Nichtigkeitsfolge wegen Fehlens einer Wirksamkeitsvoraussetzung hat bei einer unterlassenen Anhörung des Vertrauensmannes auch der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 28. Mai 1975 - 5 AZR 172/74 - AP Nr. 6 zu § 12 SchwBeschG) erwogen. In dieser Entscheidung wird beiläufig und nicht tragend ausgeführt, bei Maßnahmen, die die Rechtsstellung eines Schwerbehinderten unmittelbar betreffen - insbesondere bei einer Kündigung -, werde allerdings die vorherige Anhörung des Vertrauensmannes als Wirksamkeitsvoraussetzung aufzufassen sein.

c) Auch nach der Auffassung von Rewolle (SchwbG, Stand 1. April 1983, § 22 Anm. II 2) ist eine unter Verletzung der Anhörungspflicht nach § 22 Abs. 2 SchwbG durchgeführte Maßnahme des Arbeitgebers unwirksam. Er leitet die Nichtigkeit im privatrechtlichen Bereich allerdings aus § 134 BGB in Verbindung mit § 65 Abs. 1 Nr. 8 SchwbG ab. Das wird als mögliche Rechtsfolge ohne abschließende eigene Stellungnahme auch von Gröninger (aaO, § 22 Anm. 6, S. 143) und Schaub (Arbeitsrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 178 VI 2, S. 922 - zweifelnd jetzt 5. Aufl., § 178 VI 2, S. 1055) angenommen.

2. Der Senat schließt sich der Auffassung an, daß die Verletzung der Unterrichtungs- und Anhörungspflicht nach § 22 Abs. 2 SchwbG keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung



eines Schwerbehinderten durch den Arbeitgeber ist.

a) Die Beteiligung des Vertrauensmannes ist weder nach dem Wortlaut noch nach dem Zweck und der Entstehungsgeschichte des § 22 SchwbG vom Gesetzgeber als Wirksamkeitsvoraussetzung ausgestaltet worden.

aa) Für diese Auslegung spricht zunächst bereits der Wortlaut und die Fassung des § 22 SchwbG, der zwar ausdrücklich bei Angelegenheiten, die einzelne Schwerbehinderte oder die Schwerbehinderten als Gruppe berühren, die rechtzeitige und umfassende Unterrichtung und vor einer Entscheidung auch die Anhörung vorschreibt, aber im Gegensatz zur Methode in anderen neuen Gesetzen (§ 102 BetrVG 1972, § 79 BPersVG) bei einem Verstoß gegen diese Pflicht keine Unwirksamkeit der Maßnahme vorsieht, an der der Vertrauensmann nicht beteiligt worden ist. Da die seit 1972 üblich gewordene Gesetzestechnik für die Regelung von Wirksamkeitsvoraussetzungen in § 22 SchwbG nicht angewandt worden ist, spricht der Gesetzeswortlaut keineswegs zwingend für die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Auslegung. Das Gegenteil ist vielmehr richtig, weil die frühere Vorschrift des § 13 Abs. 2 SchwBeschG, den der § 22 Abs. 2 SchwbG insoweit abgelöst hat, ebenfalls bereits die Anhörung des Vertrauensmannes vorsah und nach allgemeiner Auffassung die Verletzung dieser Pflicht auf die Rechtswirksamkeit der Maßnahme des Arbeitgebers im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses keinen Einfluß hatte (Becker, SchwBeschG, 2. Aufl., § 13 Anm. 6). Nach der Fassung des § 22 Abs. 2 SchwbG hat der Gesetzgeber keinen Anlaß gesehen, insoweit die Rechts-



stellung der Schwerbehinderten nach dem neuen Recht zu verbessern. Im übrigen verweist der Senat wegen der Wortinterpretation auf die Begründung der herrschenden Lehre (oben B III 1 a der Gründe).

bb) Für eine Absicht des Gesetzgebers, die Anhörung des Vertrauensmannes zur Wirksamkeitsvoraussetzung zu erheben, gibt auch die Entstehungsgeschichte des SchwbG keinen Anhaltspunkt. Durch § 22 Abs. 2 SchwbG (§ 19 d Abs. 2 des Entwurfes) sollte nach der Begründung des Regierungsentwurfes (Drucks. 7/656 - Anlagenband 176 S. 32) das bisherige Mitwirkungsrecht des Vertrauensmannes auf alle Angelegenheiten, die den Schwerbehinderten betreffen, erweitert werden. Dieses Bestreben enthält nicht zugleich das erkennbare Anliegen, das Anhörungsrecht auch sachlich durch eine zivilrechtliche Sanktion bei unterlassener Beteiligung des Vertrauensmannes zu verstärken.

cc) Auch bei einer teleologischen Auslegung liegt keine Regelungslücke vor, die es rechtfertigen könnte, den § 22 Abs. 2 SchwbG durch eine zivilrechtliche Sanktion bei der Verletzung dieser Vorschrift zu ergänzen. Das ist bei § 22 SchwbG - anders als bei der nach § 47 SchwbG bei Beamten und Richtern vorgesehenen Anhörung des Vertrauensmannes der Schwerbehinderten - keine an sich selbstverständliche, bereits durch den Zweck der Anhörung bedingte Rechtsfolge. Der Schwerbehindertenschutz ist nämlich bei Arbeitnehmern, anders als bei Beamten und Richtern, nicht im wesentlichen nur durch die Anhörung des Vertrauensmannes gewährleistet. Es besteht vielmehr ein wesentlicher sachlicher



Unterschied zwischen dem Regelungsgehalt des § 22 SchwbG einerseits und dem des § 47 SchwbG andererseits, der auch die unterschiedlichen Folgen der unterlassenen Anhörung sachlich rechtfertigt: Bei Beamten und Richtern ist neben der auch für Arbeitnehmer vorgesehenen Anhörung des Vertrauensmannes keine Zustimmung der Hauptfürsorgestelle, sondern ebenfalls nur deren Anhörung erforderlich. Die Anhörung des Vertrauensmannes trägt damit bei den in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis stehenden Beschäftigten wesentlich dazu bei, ihren Schutz nach dem SchwbG zu sichern und zu verwirklichen. Demgegenüber hat die Anhörung des Vertrauensmannes bei Arbeitnehmern sachlich nur die Bedeutung einer Vorprüfung, weil die Rechte der schwerbehinderten Arbeitnehmer voll durch die Hauptfürsorgestelle und den Widerspruchsausschuß gewährleistet werden. In dem für Arbeitnehmer vorgesehenen Antragsverfahren für die Zustimmung zu einer beabsichtigten Kündigung nach den §§ 12 ff. SchwbG ist zudem – anders als im Anhörungsverfahren nach § 47 SchwbG – nach § 14 SchwbG von der Hauptfürsorgestelle auch eine Stellungnahme des Vertrauensmannes der Schwerbehinderten einzuholen. Auch bei einer Verletzung des § 22 Abs. 2 SchwbG durch den Arbeitgeber kann der Vertrauensmann damit die Interessen des schwerbehinderten Arbeitnehmers noch vor einer Entscheidung über die Zustimmung zur Kündigung ausreichend geltend machen. Diese nicht nur formalen Unterschiede zwischen den Arbeitnehmern und den Beamten oder Richtern sind die Erklärung dafür, weshalb das BVerwG (AP Nr. 1 zu § 36 SchwBeschG) bei einer unterlassenen vorherigen Anhörung des Vertrauensmannes die Entlassung eines Beamten für rechtsfehlerhaft erachtet hat. Die gleiche Rechtsfolge ist bei der Kündi-



gung eines Arbeitnehmers zwar nicht überflüssig, aber nicht notwendig, um die Interessen schwerbehinderter Arbeitnehmer zu wahren. Sie hätte deswegen einer entsprechenden gesetzlichen Regelung bedurft.

b) Der durch Herschel (aaO) und in dem Urteil des Fünften Senates vom 28. Mai 1975 (aaO) erfolgte Hinweis auf die Rechtslage bei einem Beamten, der ohne vorherige Anhörung des Vertrauensmannes entlassen wird, ist somit nicht geeignet, die vom Senat abgelehnte Meinung zu stützen. Es bedurfte keiner Anfrage beim Fünften Senat, ob er an der von ihm vertretenen Auffassung festhält, weil die abweichende Auslegung des § 22 Abs. 2 SchwbG für die angezogene Entscheidung eindeutig nicht tragend gewesen ist.

3. Die vom Kläger angegriffene Kündigung ist auch nicht nach § 134 BGB in Verbindung mit § 65 Abs. 1 Nr. 8 SchwbG nichtig.

a) Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich aus dem einschlägigen Gesetz oder der Rechtsordnung allgemein nach Inhalt oder Zweck nichts anderes ergibt (Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Aufl., § 190 I S. 1151). Wenn – wie in § 65 Abs. 1 Nr. 8 SchwbG – eine Norm, die für ein bestimmtes Verhalten eine Straf- oder Bußdrohung enthält, nicht ausdrücklich eine Nichtigkeitsfolge bestimmt, ist durch Auslegung unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Gesetzes zu ermitteln, ob nur ein bestimmtes Handeln verboten oder erzwungen werden oder aber auch der Rechtserfolg des



rechtswidrigen Verhaltens verhindert werden soll. Nur im letzteren Fall ist nach der Auslegungsregel des § 134 BGB das "verbotene" Rechtsgeschäft nichtig (BGHZ 45, 322, 326; 46, 24, 26; BGH LM § 134 BGB Nr. 56 und 70; Enneccerus/Nipperdey, aaO, S. 1154 f., 1158; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, 3. Aufl., S. 341 f., 344; MünchKomm-Mayer-Maly, § 134 BGB Rz 47 f., 58 f.). Bei der Prüfung, ob ein Verbotsgesetz vorliegt und ob sich daraus die Nichtigkeit eines gesetzwidrigen Rechtsgeschäftes ergibt, ist allerdings die systematisch gebotene Unterscheidung zwischen einer schon dem Grunde nach nicht von § 134 BGB erfaßten Bestimmung und einem Verbotsgesetz ohne Nichtigkeitsfolge für die Praxis nicht von erheblicher Bedeutung, weil die gegen die Nichtigkeitsfolge sprechenden Gründe zumeist auch bereits gegen die Annahme eines Verbotsgesetzes angeführt werden können (Mayer-Maly, aaO, Rz 48).

b) Wie die vom Landesarbeitsgericht ebenso wie von Rewolle (aaO), Gröninger (aaO) und Schaub (aaO) unterlassene Ermittlung des Regelungsgehaltes des § 65 Abs. 1 Nr. 8 SchwbG ergibt, ist diese Vorschrift schon kein Verbotsgesetz i. S. des § 134 BGB. Bei einer abweichenden Würdigung ist zumindest nicht die Annahme gerechtfertigt, eine ohne Beteiligung des Vertrauensmannes der Schwerbehinderten ausgesprochene Kündigung sei nichtig.

aa) Nach seinem Wortlaut verbietet § 65 Abs. 1 Nr. 8 SchwbG nicht unmittelbar den Ausspruch einer Kündigung ohne Unterrichtung und Anhörung des Vertrauensmannes. Er knüpft vielmehr an das Verhalten des Arbeitgebers vor der Kündigung an und bewertet es



als Ordnungswidrigkeit, wenn der Arbeitgeber entgegen § 22 Abs. 2 SchwbG den Vertrauensmann in einer dort bezeichneten Angelegenheit nicht oder nur fehlerhaft unterrichtet oder vor einer Entscheidung nicht gehört hat. Die Vorschrift betrifft damit unmittelbar nur das Verhalten des Arbeitgebers vor Ausspruch der Kündigung und könnte nur als mittelbares Verbotsgesetz für den Ausspruch einer Kündigung ohne Unterrichtung und Anhörung des Vertrauensmannes in Betracht kommen (Flume, aaO, S. 344). Da nur mittelbar Auswirkungen auf die zivilrechtliche Wirksamkeit der Kündigung möglich sind, und es an einer ausdrücklich angeordneten Nichtigkeitsfolge fehlt, wäre § 65 Abs. 1 Nr. 8 SchwbG nur dann ein Verbotsgesetz nach § 134 BGB, wenn sich der mit der Bußgeldandrohung erfolgte Zweck nicht erkennbar allein mit der vorgesehenen Sanktion der gesetzwidrigen Vorbereitung der Kündigung (unterlassene oder fehlerhafte Unterrichtung oder Anhörung) erreichen ließe.

bb) Das ist bei Berücksichtigung der Begründung des Regierungsentwurfes zu § 57 - jetzt § 65 - SchwbG und des bereits behandelten Zweckes des § 22 Abs. 2 SchwbG (vgl. dazu oben B III 2 a cc) nicht anzunehmen.

Wie sich aus der Begründung des Regierungsentwurfes zum SchwbG ergibt, ist die Verletzung des § 22 Abs. 2 SchwbG (§ 12 des Entwurfes) als Ordnungswidrigkeit geregelt worden, um damit den Kreis der Ordnungswidrigkeiten in dem erforderlichen Umfang zu erweitern (Drucks. 7/656 - Anlagenband 176 S. 40). Das spricht dafür, daß der Gesetzgeber die Erweiterung der Bußgeld-



tatbestände für erforderlich erachtet hat, um überhaupt eine Sanktion für die Verletzung des § 22 Abs. 2 SchwbG zu schaffen und den Arbeitgeber durch die Androhung einer Buße zur Erfüllung der Unterrichts- und Anhörungspflicht anzuhalten. Allein die Strafbarkeit oder die Ordnungswidrigkeit eines Verhaltens im Zusammenhang mit einem Rechtsgeschäft ist noch kein zwingender Grund für die privatrechtliche Ungültigkeit des in verbotswidriger Art und Weise ausgeführten Rechtsgeschäftes. Das gilt auch für § 65 Abs. 1 Nr. 8 SchwbG, weil der mit § 22 Abs. 2 SchwbG verfolgte Schutzzweck wegen der weiter erforderlichen Anhörung des Betriebs- oder Personalrates und der Zustimmung durch die Hauptfürsorgestelle auch mit einer auf eine Buße beschränkten Sanktion noch ausreichend gesichert ist.

cc) Die Verbindung einer öffentlichrechtlichen (Ordnungswidrigkeit) mit einer zivilrechtlichen Sanktion (Nichtigkeitsfolge) ist zudem bei der Verletzung arbeitsrechtlicher Schutzgesetze nicht die Regel. Wie sich z.B. aus den §§ 121 BetrVG, 65 SchwbG und 21 MuSchG ergibt, gehören zu den Tatbeständen, die als Ordnungswidrigkeiten des Arbeitgebers ausgestaltet worden sind, grundsätzlich nicht Verletzungen von Mitwirkungs- oder Mitbestimmungsrechten bei Kündigungen oder Verstöße gegen Kündigungsverbote. Diese Fälle werden vielmehr in der Regel ausdrücklich und ausschließlich mit zivilrechtlichen Nichtigkeitsfolgen geahndet (vgl. z. B. §§ 102, 103 BetrVG, § 12 SchwbG, § 9 MuSchG). Das verkennt der Kläger, wenn er unter Berufung auf § 121 BetrVG meint, gerade diese Bestimmung zeige, daß häufig mehrere Sanktionen nebeneinander geregelt würden. Das trifft



nicht zu, weil § 121 BetrVG nur die Verletzung von Aufklärungs- und Auskunftspflichten als Ordnungswidrigkeiten erfaßt, die nicht zugleich zur Unwirksamkeit der entsprechenden Maßnahme des Arbeitgebers führt. Während einerseits Tatbestände, die wegen Verletzung des Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechts die Unwirksamkeit der Kündigung bewirken (§§ 102, 103 BetrVG), nicht stets zugleich Ordnungswidrigkeiten sind, bleibt andererseits die Verletzung einer Pflicht, die als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet ist (z.B. § 5 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit § 9 Abs. 2 MuSchG; vgl. dazu das Urteil des Senates vom 19. August 1982 - 2 AZR 116/81 - EzA § 9 n.F. MuSchG Nr. 21) häufig ohne zivilrechtliche Folgen. Das gilt auch für § 65 Abs. 1 Nr. 8 SchwbG.

C. Da das angefochtene Urteil auf einer unrichtigen Anwendung der §§ 22 Abs. 2 SchwbG, 134 BGB beruht, ist der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Eine eigene ersetzende oder bestätigende Entscheidung ist dem Senat nicht möglich, weil das angefochtene Urteil keine Feststellungen zum Kündigungssachverhalt getroffen hat. Wenn das Landesarbeitsgericht nach erneuter Überprüfung zu der Überzeugung kommen sollte, die Kündigung des Klägers sei an sich nach § 626 BGB gerechtfertigt, hat es den Rechtsstreit bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Verwaltungsgerichtsprozeß über die vom Kläger bekämpfte Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung auszusetzen (BAG 34, 275 = AP Nr. 7 zu § 12 SchwbG).



-21-

Hillebrecht
zugleich für den durch
Urlaub an der Unterschrift
verhinderten Richter
Triebfürst

Dr. Röhslers

Thieß

Dr. Schlemmer

