

Aktenzeichen: 2 AZR 276/99
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 11. Mai 2000
- 2 AZR 276/99 -

I. Arbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 29. Oktober 1998
- 11 Ca 7022/97 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 18. März 1999
- 11 Sa 1950/98 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Personalvertretungsrechtliche Zustimmungsersetzung zur außerordentlichen Kündigung eines schwerbehinderten Funktionsträgers und Erfordernis der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle

Gesetz:

BGB §§ 134, 242, 626; KSchG § 15 Abs. 1; SchwbG §§ 1, 15, 21, § 26 Abs. 3; ArbGG § 80 Abs. 2, § 46 Abs. 2; ZPO § 322; LPVG NW § 79; BPersVG § 108 Abs. 2

Leitsätze:

1. Bedarf die fristlose Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer der Zustimmung des Betriebsrats gemäß § 103 BetrVG bzw. des Personalrats nach dem entsprechenden Personalvertretungsrecht, so sind bei Verweigerung der Zustimmung im gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahren alle Gründe für die Unwirksamkeit der beabsichtigten Kündigung zu prüfen. Der Arbeitnehmer kann sich nach rechtskräftiger Zustimmungsersetzung grundsätzlich nicht mehr auf Kündigungshindernisse berufen, die er schon im Zustimmungsersetzungsverfahren hätte einwenden können.

2. Dies gilt jedoch nicht für solche Kündigungshindernisse, die - wie die fehlende Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zur Kündigung eines Schwerbehinderten - noch nach Abschluß des betriebsverfassungs- bzw. personalvertretungsrechtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens beseitigt werden können. Auch die erst später mit Rückwirkung festgestellte Schwerbehinderung ist als neue Tatsache im Kündigungsschutzprozeß berücksichtigungsfähig.



BUNDEsarBEITSGERICHT



2 AZR 276/99
11 Sa 1950/98
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
11. Mai 2000

URTEIL

Anderl, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

beklagtes, berufungsbeklagtes und revisionsklägerisches Land,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 11. Mai 2000 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Etzel , die Richter am Bundesarbeitsgericht Bröhl und Dr. Fischermeier sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Bensinger und die ehrenamtliche Richterin Nielebock für Recht erkannt:

Die Revision des beklagten Landes gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 18. März 1999 - 11 Sa 1950/98 - wird auf Kosten des beklagten Landes zurückgewiesen.

Von Rechts wegen !

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Der zum Kündigungszeitpunkt etwa 38 Jahre alte, ledige und kinderlose Kläger wurde von dem beklagten Land seit 24. Juni 1985 als Pflegehelfer und seit 1. Oktober 1991 als Pflegesekretär in den medizinischen Einrichtungen der H. beschäftigt. Seit 22. Dezember 1994 wurde er als Vertrauensmann der Schwerbehinderten freigestellt. Seine Mutter verstarb im Februar 1995 an Chorea Huntington, einer Erbkrankheit, die einen degenerativen Hirnabbau bewirkt, der zu einer Wesensänderung und zu Demenzentwicklung und schließlich zum Tod führt. Es besteht eine Wahrscheinlichkeit von 50 %, daß der Kläger entsprechend genetisch vorbelastet ist. Jedenfalls seit dem Jahr 1995 war der Kläger schwer medikamentenabhängig. Wegen damit in Zusammenhang stehenden Rezeptfälschungen ist der Kläger vom Amtsgericht Düsseldorf rechtskräftig verurteilt worden.

Am 19. Juli 1996 stahl der Kläger 476,00 DM aus der Kasse des Personalrats der nichtwissenschaftlichen Beschäftigten der H. Wegen dieser Tat verurteilte ihn das Amtsgericht Düsseldorf mit einem seit 22. April 1997 rechtskräftigen Urteil vom 14. April 1997 zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen. Durch ein Schreiben vom 12. September 1996 erfuhr die Dienststelle, daß der Kläger die Tat gegenüber der Kriminalpolizei gestanden hatte. Darauf ersuchte sie den Personalrat mit einem am 16. September 1996 zugegangenen Schreiben um die Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung. Nachdem der Personalrat dies am 19. September 1996 ablehnte, beantragte der Kanzler der H. mit einer am 20. September 1996 beim Verwaltungsgericht Düsseldorf eingereichten Klage die Ersetzung der Zustimmung. Auf diesen Antrag ersetzte das Verwaltungsgericht mit Beschluß vom 9. Januar 1997 die Zustimmung des Personalrats. Die dagegen eingelegte Beschwerde begründete der am Verfahren beteiligte Kläger unter anderem damit, daß er zur Tatzeit psychisch krank gewesen sei und deswegen nicht von einem schuldhaften Verhalten ausgegangen werden könne. Das OVG Münster wies die Beschwerde mit Beschluß vom 11. September 1997 zurück.

Zeitlich parallel zu dem Zustimmungsersetzungsverfahren beantragte der Kläger, bei dem bis dahin ein Grad der Behinderung von 30 anerkannt war, mit einem am 16. Dezember 1996 beim Versorgungsamt eingegangenen Schriftsatz die Neufeststellung des Grades der Behinderung. Gleichzeitig beantragte er eine Gleichstellung mit den Schwerbehinderten. Mit Schreiben vom 21. Januar 1997 unterrichtete das Arbeitsamt die Dienststelle über den Gleichstellungsantrag. Mit Schreiben vom 31. Januar 1997 erinnerte die Personalabteilung der Dienststelle die Schwerbehindertenvertretung an die bis dahin fehlende Stellungnahme gegenüber dem Arbeitsamt. Mit einem am 11. Juni 1997 eingegan-



genen Schreiben vom 4. Juni 1997 unterrichtete der Kläger die Dienststelle über die Anträge auf Gleichstellung und Neufeststellung des Grades der Behinderung. Mit Bescheid vom 29. Juni 1998 stellte das Versorgungsamt rückwirkend zum 16. Dezember 1996 einen Grad der Behinderung von 80 fest.

Nachdem der Beschluß des OVG am 29. September 1997 zugestellt wurde, kündigte der Kanzler der H.das Arbeitsverhältnis fristlos mit Schreiben vom 6. Oktober 1997, das nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts dem Kläger am nächsten Tag zuing. Einen Antrag der Dienststelle auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung vom 27. Oktober 1997 wies der Landschaftsverband Rheinland als Hauptfürsorgestelle mit rechtskräftigem Bescheid vom 7. November 1997 mit der Begründung zurück, daß die Frist von § 21 Abs. 2 SchwbG auf Grund der Unterrichtung der Dienststelle über die Anträge auf Gleichstellung und Neufestsetzung des Grades der Behinderung im Januar 1997 nicht gewahrt sei. Nach dem Zugang eines mit Schreiben vom 20. Oktober 1997 beim OVG beantragten Rechtskraftzeugnisses am 19. November 1997 kündigte der Kanzler der H.das Arbeitsverhältnis mit einem am Folgetag zugewandenen Schreiben vom 25. November 1997 vorsorglich erneut fristlos.

Der Kläger, der bereits am 16. September 1996 einen Selbstmordversuch begangen hatte und sich seit 29. September 1997 in stationärer Behandlung befand, beging während eines Wochenendurlaubs am 18. Januar 1998 einen weiteren Selbsttötungsversuch. Beim Eintreffen des Krankentransportes zur Rückverlegung sprang er am 20. Januar 1998 aus dem ersten Stockwerk des Krankenhauses aus acht Metern Höhe, wobei er schwer verletzt wurde und unter anderem ein Schädel-Hirntrauma erlitt. In einem Schadenersatzprozeß vor dem Landgericht Düsseldorf im Zusammenhang mit der Fälschung eines Arbeitsvertrages stellte der beauftragte Sachverständige Dr. P. mit Gutachten vom 12. Januar 1999 fest, daß der Kläger gegenwärtig und absehbar prozeßfähig sei. Es bestehe allerdings die Möglichkeit von Einschränkungen der Verhandlungsfähigkeit.

Der Kläger hat behauptet, er sei zum Tatzeitpunkt schuldunfähig gewesen. Er hat die Kündigungen unter anderem wegen des Nichtvorliegens einer Zustimmung der Hauptfürsorgestelle als unwirksam angesehen sowie die ordnungsgemäße Beteiligung von Personalrat und Schwerbehindertenvertretung in Zweifel gezogen.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weder durch die fristlose Kündigung vom 6. Oktober 1997 noch durch die fristlose Kündigung vom 25. November 1997 aufgelöst ist.



Das beklagte Land hat zur Begründung seines Klageabweisungsantrags die Auffassung vertreten, auf Grund der rechtskräftigen personalvertretungsrechtlichen Zustimmungsersetzung sei der Kläger mit dem Einwand der fehlenden Zustimmung der Hauptfürsorgestelle präkludiert. Auf den Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte könne sich der Kläger auch deshalb nicht berufen, weil er zum Zeitpunkt der Einleitung des Zustimmungseretzungsverfahrens weder einen Grad der Behinderung von mindestens 50 aufwies noch den Schwerbehinderten gleichgestellt war. Jedenfalls habe der Kläger den Sonderkündigungsschutz verwirkt, weil er den Neufeststellungsantrag erst im Juni 1997 mitteilte.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt das beklagte Land die Wiederherstellung der Entscheidung des Arbeitsgerichtes.

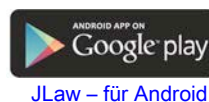
Entscheidungsgründe

Die Revision des beklagten Landes ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigungen seien wegen der fehlenden Zustimmung der Hauptfürsorgestelle nichtig. Die Präklusionswirkung der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung des Personalrats erfasse nicht den Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte, da Streitgegenstand des Zustimmungseretzungsverfahrens nur das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB und die Wahrung der Frist von § 626 Abs. 2 BGB sei. Für das Bestehen des Sonderkündigungsschutzes sei der Zeitpunkt des Kündigungszugangs maßgeblich. Der Kläger habe den Sonderkündigungsschutz auch nicht verwirkt. Das beklagte Land habe ohne weiteres die Möglichkeit gehabt, bereits vor der Entscheidung des Versorgungsamtes vorsorglich eine Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zu der beabsichtigten Kündigung einzuholen.

II. Dem folgt der Senat zwar nicht in allen Teilen der Begründung, wohl aber im Ergebnis.

1. Die Vorinstanzen sind implizit von der Prozeßfähigkeit des Klägers ausgegangen. In der Tat bestehen keine Anhaltspunkte dafür, das sich seit dem vom Landgericht Düsseldorf eingeholten Gutachten des Sachverständigen Dr. P. vom 12. Januar 1999 an der festgestellten Prozeßfähigkeit des Klägers etwas geändert hätte (*vgl. iü. zur Fortgeltung der von einem Prozeßfähigen erteilten Prozeßvollmacht bzw. zur späteren Genehmigung der Pro-*



zeßführung bei zwischenzeitlicher Prozeßfähigkeit BAG 20. Januar 2000 - 2 AZR 733/98 - mwN zur Veröffentlichung vorgesehen).

2. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht festgestellt, daß die Kündigungen gem. § 134 BGB iVm. §§ 15, 21 SchwbG nichtig sind, weil sie ohne Zustimmung der Hauptfürsorgestelle ausgesprochen wurden.

Gemäß §§ 15, 21 Abs. 1 SchwbG bedarf die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Schwerbehinderten der vorherigen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle. Schwerbehinderte sind Personen mit einem Grad der Behinderung von wenigstens 50 (§ 1 SchwbG). Für den Kläger galt danach der besondere Kündigungsschutz, weil er gemäß Bescheid des Versorgungsamts vom 29. Juni 1998 bei Ausspruch der Kündigungen schwerbehindert war.

a) Für die Beurteilung des Bestehens des besonderen Kündigungsschutzes gem. §§ 15 ff. SchwbG maßgeblicher Zeitpunkt ist der des Zugangs der Kündigung. Daher ist es unschädlich, daß das Versorgungsamt eine Minderung der Erwerbsfähigkeit von mehr als 30 und damit den Status des Schwerbehinderten im Sinne von § 1 SchwbG erst zum 16. Dezember 1996, also zu einem Zeitpunkt nach der Einleitung des Zustimmungseretzungsverfahrens anerkannt hat.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bedarf die Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers der vorherigen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle, wenn die Schwerbehinderung offenkundig ist oder der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Kündigung entweder als Schwerbehinderter anerkannt war oder zumindest einen Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft beim Versorgungsamt gestellt hatte. War dem Arbeitgeber vor der Kündigung weder die Schwerbehinderteneigenschaft noch eine darauf gerichtete Antragstellung bekannt, muß ihn der Schwerbehinderte zum Erhalt des Sonderkündigungsschutzes regelmäßig innerhalb eines Monats nach Ausspruch der Kündigung unterrichten. Unterbleibt die Mitteilung, ist die Kündigung nicht wegen fehlender Zustimmung der Hauptfürsorgestelle unwirksam. Die Mitteilungsobliegenheit ergibt sich aus dem Gebot der Rechtssicherheit. Der Arbeitgeber soll von einem objektiv bestimmbaran Zeitpunkt an darauf vertrauen können, daß die Wirksamkeit der Kündigung nicht mehr wegen einer ihm nicht bekannten Schwerbehinderung in Zweifel gezogen werden kann (*Senat 5. Juli 1990 - 2 AZR 8/90 - AP SchwbG 1986 § 15 Nr. 1 = EzA SchwbG 1986 § 15 Nr. 3, zu I 3 a der Gründe mwN; im Anschluß daran BAG 16. August 1991 - 2 AZR 241/90 - AP SchwbG 1986 § 15 Nr. 2 = EzA SchwbG 1986 § 15 Nr. 5, zu II 1 der Gründe; BAG 28. Juni 1995 - 7 AZR 555/94 - AP BAT § 59 Nr. 6 = EzA BGB § 620 Nr. 134, zu II 2 der Gründe*).



Diese Rechtsprechung ist in der Literatur umstritten (*zustimmend etwa ErFK-Steinmeyer § 15 SchwbG Rn. 6; Neumann AR-Blattei SD 1440.2 Rn. 19; Wiegand SchwbG Stand Juni 1998 § 15 Rn. 55 ff., § 21 Rn. 11 ff.; Gröninger/Thomas SchwbG Stand Oktober 1999 § 15 Rn. 23, § 21 Rn. 8; ebenso für das Erfordernis der Antragstellung zum Kündigungszeitpunkt, aber verbunden mit einer analogen Anwendung der Frist von § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG im Fall der außerordentlichen Kündigung Dörner SchwbG Stand Februar 2000 § 15 Rn. 93 f., § 21 I 2*). Auch die Gegenansicht geht aber nicht von einem Beurteilungszeitpunkt vor Zugang der Kündigung aus. Sie hält im Hinblick auf den Wortlaut von § 15 SchwbG sogar einen bei Ausspruch der Kündigung anhängigen Anerkennungsantrag für entbehrlich und die objektive Tatsache der Schwerbehinderung für ausreichend; im Interesse der Rechtssicherheit des Arbeitgebers soll der Schwerbehinderte in analoger Anwendung von § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG gehalten sein, den Arbeitgeber über die Schwerbehinderung innerhalb von zwei Wochen nach Kündigungszugang zu unterrichten (*so KR-Etzel 5. Aufl. §§ 15 bis 20 SchwbG Rn. 23 f., § 21 SchwbG Rn. 4 a; Kittner/Däubler/Zwanziger KSchR 4. Aufl. § 15 SchwbG Rn. 26; Meisel Anm. AP SchwbG 1986 § 15 Nr. 1; im Ergebnis für die Nichterforderlichkeit der Anhängigkeit eines Antrags ebenso GK-SchwB-G-Steinbrück 2. Aufl. § 15 Rn. 70 ff.*).

Damit besteht insoweit Übereinstimmung, daß es auf vor dem Ausspruch der Kündigung liegende Zeitpunkte für das Bestehen des besonderen Kündigungsschutzes nicht ankommen kann. Dies gebietet der Normzweck. Der besondere Kündigungsschutz der §§ 15 ff. SchwbG ist Teil der mit dem Schwerbehindertengesetz angestrebten Förderung der Beschäftigung von Schwerbehinderten (*ErFK-Steinmeyer § 15 SchwbG Rn. 1; Wiegand aaO § 15 Rn. 1; GK-SchwB-G-Steinbrück aaO § 15 Rn. 1*). Das Zustimmungsverfahren nach § 21 SchwbG dient der Sicherung dieses Schutzzwecks vor mit der Behinderung im Zusammenhang stehenden außerordentlichen Kündigungen gegenüber Schwerbehinderten (*vgl. BVerwG 2. Juli 1992 - 5 C 31/91 - AP SchwbG 1986 § 21 Nr. 1*). Diese Verknüpfung belegt, daß für das Eingreifen des Sonderkündigungsschutzes nur das Bestehen einer Schwerbehinderung zum Kündigungszeitpunkt maßgeblich sein kann. Würde man im Falle eines darüber hinaus notwendigen betriebs- oder personalvertretungsrechtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung über die Kündigungsabsicht des Arbeitgebers abstellen, könnten auf mit dem Normzweck nicht zu vereinbarende Weise Änderungen der Schwerbehinderung nicht mehr berücksichtigt werden. Dann würde einerseits ein bei Einleitung des Zustimmungsersetzungsverfahrens noch, bei Kündigungsausspruch jedoch nicht mehr schwerbehinderter Arbeitnehmer ohne sachlichen Grund den besonderen Kündigungsschutz genießen. Andererseits würde bei einer erst nach Einleitung des Zustimmungsersetzungsverfahrens eintretenden Schwerbehinderung der gesetzliche Schutzzweck leerlaufen.



b) Entgegen der Auffassung der Revision oblag es dem Kläger nicht, den Sonderkündigungsschutz im Zustimmungsersetzungsverfahren geltend zu machen. Die gem. § 322 ZPO iVm. § 46 Abs. 2, § 80 Abs. 2 ArbGG, § 79 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 LPVG Nordrhein-Westfalen eingetretene Rechtskraft der Entscheidung des Zustimmungsersetzungsverfahrens schließt nicht die Wirksamkeit der Kündigungen nach den §§ 15, 21 SchwbG ein.

aa) Allerdings haben die Verwaltungsgerichte nach § 108 Abs. 2 Satz 2 BPersVG ebenso wie die Arbeitsgerichte im Verfahren nach § 103 Abs. 2 Satz 1 BetrVG umfassend zu prüfen, ob die beabsichtigte außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist. Der gem. § 108 Abs. 2 Satz 3 BPersVG bzw. § 103 Abs. 2 Satz 2 BetrVG beteiligte Arbeitnehmer wird von der Rechtskraft der Entscheidung erfaßt. Daher ist er gehalten, in das Verfahren alle ihn entlastenden Umstände einzuführen. Aufgrund der Präklusionswirkung der Entscheidung des Zustimmungsersetzungsverfahrens kann er sich nach ganz überwiegender Ansicht im späteren Kündigungsschutzverfahren nur auf solche Tatsachen berufen, die er im Zustimmungsersetzungsverfahren nicht geltend gemacht hat und auch nicht hätte geltend machen können. Insoweit herrscht Übereinstimmung, soweit es um das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB, § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG geht (*Senat 24. April 1975 - 2 AZR 118/74 - BAGE 27, 113; 10. Dezember 1992 - 2 ABR 32/92 - AP ArbGG 1979 § 87 Nr. 4 = EzA BetrVG 1972 § 103 Nr. 33, zu B I 1 der Gründe; 9. Januar 1986 - 2 ABR 24/85 - AP BGB § 626 Ausschlußfrist Nr. 20 = EzA BGB § 626 nF Nr. 98, zu II 2 a der Gründe; BAG 21. Januar 1990 - 7 ABR 39/89 - AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 28, zu 2 b der Gründe; aus der Literatur etwa KR-Etzel aaO § 103 BetrVG Rn. 139; ErfK-Hanau/Kania § 103 BetrVG Rn. 15; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 7. Aufl. Rn. 1019; Hueck/von Hoyningen-Huene KSchG 12. Aufl. § 15 Rn. 143 f.; Kittner/ Däubler/Zwanziger aaO § 103 BetrVG Rn. 53; Richardi BetrVG 7. Aufl. § 103 Rn. 59, 78; GK-BetrVG-Kraft 6. Aufl. § 103 Rn. 44, 60; Hess/Schlochauer/Glaubitz BetrVG 5. Aufl. § 103 Rn. 49, 57; Grabendorff/Illbertz/Widmaier Bundespersonalvertretungsgesetz 9. Aufl. § 47 Rn. 24, 26; Lorenzen/Schmitt/Etzel/Gerhold/Schlatmann Bundespersonalvertretungsgesetz Stand Januar 2000 § 47 Rn. 80, 102; Fischer/Goeres Personalvertretungsrecht des Bundes und der Länder Stand Dezember 1999 § 47 BPersVG Rn. 31, 38; Dietz/Richardi Bundespersonalvertretungsgesetz 2. Aufl. § 47 Rn. 37, 45).*

bb) Dagegen greifen die von Ascheid (*Kündigungsschutzrecht Rn. 697 ff.; vgl. auch Schultes Anm. EzA BetrVG 1972 § 103 Nr. 33*) erhobenen Einwände nicht durch. Es ist zwar zutreffend, daß die Präklusion eine Folge der Rechtskraft ist (*Ascheid aaO Rn. 699*). Nicht richtig ist jedoch, daß die Rechtskraft allein die Ersetzung der Zustimmung umfaßt (so *Ascheid aaO Rn. 701 f.*). Es handelt sich um eine rechtsgestaltende Entscheidung. Rechts-



gestaltende Entscheidungen enthalten auch die Feststellung der Berechtigung der Herbeiführung der Gestaltung. Der Begriff der Rechtskraft würde zu sehr verengt, wenn trotz einer rechtskräftigen Gestaltung die unterliegende Partei im späteren Verfahren ohne Änderung der maßgeblichen Tatsachen geltend machen könnte, daß die Gestaltung zu Unrecht ausgesprochen wurde. An der Rechtskraft nicht teilhaben lediglich die der Begründung der Gestaltungsentscheidung dienenden rechtlichen und tatsächlichen Feststellungen als solche (*Stein/Jonas/Leipold ZPO 21. Aufl. § 322 Rn. 66 f., 121; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 58. Aufl. § 322 Rn. 43 Stichwort Gestaltungsurteil; Zöller/Vollkommer ZPO 21. Aufl. § 322 Rn. 4; Musielak ZPO § 322 Rn. 63*).

Dementsprechend hat der Senat für den Fall eines trotz rechtskräftiger Feststellung der Unwirksamkeit der ersten Kündigung wiederholten Kündigungsausspruchs des Arbeitgebers hinsichtlich der schon zur Begründung der ersten Kündigung herangezogenen Gründe eine aus der Rechtskraft der Entscheidung über die erste Kündigung abgeleitete Bindungswirkung angenommen und damit die Präklusionswirkung der Rechtskraft auf das Nichtvorliegen eines Gestaltungsgrundes erstreckt (*Senat 26. August 1993 - 2 AZR 159/93 - BAGE 74, 143; im Anschluß daran Senat 7. März 1996 - 2 AZR 180/95 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 76 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 84, zu II 3 der Gründe; vom 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10*). Gleichermaßen ist der Arbeitnehmer in einem auf die Zustimmungsersetzung folgenden Kündigungsschutzprozeß an die Feststellung des Vorliegens eines Gestaltungsgrundes im Zustimmungsersetzungsverfahren gebunden. Beschlüsse im Beschlußverfahren binden die an ihm Beteiligten in dem für Urteile geltenden Umfang (*BAG 20. März 1996 - 7 ABR 41/95 - BAGE 82, 291*). Die Rechtskraft führt in den Fällen der Präjudizialität dazu, daß das Gericht den Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung zugrunde legen muß, wenn diese die Vorfrage für die Entscheidung eines Folgeprozesses bildet (*BAG 20. März 1996 aaO, zu B II 1 der Gründe*).

Die Auffassung von Altvater/Bacher/Hörter/Peiseler/Sabottig/Schneider/Vohs Bundespersonalvertretungsgesetz 4. Aufl. § 47 Rn. 19, die für das personalvertretungsrechtliche Zustimmungsersetzungsverfahren auf Grund der unterschiedlichen Rechtswegzuständigkeit einerseits der Verwaltungsgerichte für das Zustimmungsersetzungsverfahren und andererseits der Arbeitsgerichte für das Kündigungsschutzverfahren eine Ausnahme von dem Grundsatz der Präjudizialität für geboten erachten, überzeugt nicht. Das personalvertretungsrechtliche Zustimmungsersetzungsverfahren unterliegt aufgrund der personalvertretungsrechtlichen Verweisungsvorschriften (hier § 79 Abs. 2 Satz 1 LPVG Nordrhein-Westfalen; entsprechend § 83 Abs. 2 BPersVG) den für das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren geltenden Regeln. Deshalb kann auch die Rechtskraftwirkung keine andere sein als im betriebsverfassungsrechtlichen Zustimmungsersetzungsverfahren vor den Arbeitsgerichten.



cc) Ausgangspunkt ist somit der Streitgegenstand des Zustimmungsersetzungsverfahrens, der die Grenze der materiellen Rechtskraft bildet (*BAG 20. März 1996 aaO, zu B II 2 der Gründe*). Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist hierbei Streitgegenstand des Zustimmungsersetzungsverfahrens nicht allein die Prüfung des Vorliegens eines wichtigen Grundes iSv. § 626 Abs. 1 BGB und der Wahrung der Frist von § 626 Abs. 2 BGB. Die beabsichtigte Kündigung ist grundsätzlich unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Unwirksamkeitsgründe zu überprüfen.

Auch im Beschlußverfahren ist eine Beschränkung des Streitgegenstandes auf bestimmte Rechtsfragen, etwa auf einzelne Anspruchsgrundlagen, nicht möglich. Der zur Entscheidung gestellte Sachverhalt ist im Rahmen der Anträge unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen (*BAG 11. März 1986 - 1 ABR 12/84 - BAGE 51, 217, 225; 16. Juli 1996 - 3 ABR 13/95 - BAGE 83, 288*). Daher ist der vom Arbeitgeber in das Verfahren eingeführte Kündigungsanlaß etwa auch anhand der Maßstäbe der §§ 138, 242, 612 a BGB zu prüfen; der Kündigungssachverhalt kann nicht isoliert nur unter einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt gewürdigt werden. Insoweit kann sich die Präklusionswirkung auch auf eine Schwerbehinderung des Arbeitnehmers beziehen. Soweit die Behinderung etwa im Rahmen der Interessenabwägung nach § 626 Abs. 1 BGB oder bei der Auslegung der §§ 138, 242, 612 a BGB relevant ist, ist der Arbeitnehmer gehindert, im Kündigungsschutzprozeß eine erneute Würdigung unter Berücksichtigung der erst dann geltend gemachten Behinderung zu verlangen.

Etwas anderes gilt jedoch für solche Kündigungsvoraussetzungen, deren Nichtvorliegen im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Zustimmungsersetzungsverfahren deshalb nicht den Schluß auf die Unwirksamkeit der beabsichtigten Kündigung zuläßt, weil sie auch später noch in einem besonderen Verfahren herbeigeführt werden können. Dem Arbeitgeber steht es grundsätzlich frei, den Antrag auf Zustimmung zur Kündigung eines Schwerbehinderten bei der Hauptfürsorgestelle vor, während oder erst nach der Betriebsrats- bzw. Personalratsbeteiligung zu stellen (*Senat 18. Mai 1994 - 2 AZR 626/93 - AP BPersVG § 108 Nr. 3 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 31, zu B II 2 a der Gründe; 11. März 1998 - 2 AZR 401/97 - RzK IV 8 a Nr. 45*). Dabei muß er im Falle der außerordentlichen Kündigung allerdings die Frist des § 21 Abs. 2 SchwbG wahren (*GK-Schwbg-Steinbrück aaO § 15 Rn. 224; Dörner aaO § 21 II 2 d*). Leitet der Arbeitgeber das betriebsverfassungs- bzw. personalvertretungsrechtliche Beteiligungsverfahren vor oder gleichzeitig mit der Antragstellung bei der Hauptfürsorgestelle ein, hat die Arbeitnehmervertretung schon vom zeitlichen Ablauf her keine Möglichkeit, den Kündigungsschutz nach §§ 15, 21 SchwbG zu überprüfen. Gleiches gilt im Zustimmungsersetzungsverfahren für die Arbeits- bzw. Verwaltungsgerichte, solange das Verfahren bei der Hauptfürsorgestelle und gegebenenfalls ein anschließendes Widerspruchsverfahren nach § 18 Abs. 4, § 21 Abs. 1 SchwbG nicht bestands-

- 10 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

kräftig abgeschlossen sind und darüber hinaus eine eventuell folgende Anfechtungsklage gem. § 18 Abs. 4, § 21 Abs. 1 SchwbG nicht rechtskräftig entschieden ist. Es ist nicht Aufgabe der für das Zustimmungseretzungsverfahren zuständigen Arbeits- und Verwaltungsgerichte, die ordnungsgemäße Einleitung des Zustimmungsverfahrens bei der Hauptfürsorgestelle - etwa die Wahrung der Frist von § 21 Abs. 2 SchwbG - zu überprüfen. Dies ist Sache der dafür zuständigen Behörden bzw. der für die Anfechtungsklage zuständigen Verwaltungsgerichte (vgl. *Senat 17. Februar 1977 - 2 AZR 687/75 - BAGE 29, 17, 25; BVerwG 15. März 1989 - 5 B 23.89 - Buchholz 436.61 § 21 SchwbG Nr. 2*). An deren Entscheidung sind alle anderen Behörden und Gerichte, insbesondere auch die für das Zustimmungseretzungsverfahren in der Regel zuständigen Arbeitsgerichte gebunden, sofern die Entscheidung der Hauptfürsorgestelle nicht ausnahmsweise nichtig ist (*BAG 25. November 1980 - 6 AZR 210/80 - BAGE 34, 275, 279 f.; KR-Etzel aaO §§ 15 bis 20 SchwbG Rn. 125, § 21 SchwbG Rn. 10, 28; Kittner/Däubler/Zwanziger aaO § 15 SchwbG Rn. 50, § 21 SchwbG Rn. 5; GK-SchwG-Steinbrück aaO § 18 Rn. 98 f., 120 ff.*).

Wegen der aus diesen Gründen fehlenden Zuständigkeit kommt eine Berücksichtigung des Ergebnisses des schwerbehindertenrechtlichen Zustimmungsverfahrens im betriebsverfassungs- bzw. personalvertretungsrechtlichen Zustimmungseretzungsverfahren allenfalls in Betracht, wenn ersteres bereits während der Anhängigkeit des Zustimmungseretzungsverfahrens bestands- oder rechtskräftig abgeschlossen wird. Allerdings besteht dann im Fall einer bestands- bzw. rechtskräftigen Zustimmung kein Prüfungsbedarf mehr, und im Fall einer bestands- oder rechtskräftigen Versagung der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle wird der Arbeitgeber regelmäßig den Zustimmungseretzungsantrag zurücknehmen oder das Verfahren für erledigt erklären.

Die Überprüfung des Unwirksamkeitsgrundes der §§ 15, 21 SchwbG ist somit nicht Gegenstand des Zustimmungseretzungsverfahrens, und vom Arbeitnehmer ist die Berufung auf diesen Unwirksamkeitsgrund im Zustimmungseretzungsverfahren nicht zu verlangen. Die aus dessen rechtskräftigem Abschluß folgende Präklusionswirkung erstreckt sich nicht auch auf diesen Unwirksamkeitsgrund. Mangels Obliegenheit zur Geltendmachung des Unwirksamkeitsgrundes kann auch von dem von der Revision angenommenen Verzicht des Klägers auf den Schutz des Schwerbehindertengesetzes keine Rede sein.

c) Es kommt hier hinzu, daß die Schwerbehinderung des Klägers erst im Juni 1998, also nach Abschluß des personalvertretungsrechtlichen Zustimmungseretzungsverfahrens festgestellt wurde. Insoweit handelt es sich um eine neue Tatsache, die im Kündigungsschutzverfahren vorzutragen dem Kläger nicht verwehrt werden kann. Im personalvertretungsrechtlichen Zustimmungseretzungsverfahren hätte der Kläger allenfalls seine persönliche Auffassung zum Ausdruck bringen können, er sei schwerbehindert, ohne daß die Ver-



waltungsgerichte in diesem Verfahren schon eine entsprechende Feststellung hätten treffen und daraus die Unwirksamkeit der beabsichtigten Kündigung hätten ableiten können.

d) Der Kläger ist auch nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert, sich nun im Kündigungsschutzverfahren auf seine Schwerbehinderung und die fehlende Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zu berufen. Ob etwas anderes dann gelten würde, wenn ein nach § 15 KSchG in Verbindung mit § 26 Abs. 3 SchwbG besonders geschützter Arbeitnehmer in positiver Kenntnis seiner Schwerbehinderung den Ausgang des betriebsverfassungs- bzw. personalvertretungsrechtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens und den folgenden Ausspruch der fristlosen Kündigung abwartet, um erst danach den Arbeitgeber von der Schwerbehinderung in Kenntnis zu setzen und diesen damit zu zwingen, für eine wirksame Kündigung nicht nur die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zu beantragen, sondern auch erneut das betriebsverfassungs- bzw. personalvertretungsrechtliche Zustimmungs- und Zustimmungsersetzungsverfahren zu betreiben, ist vorliegend nicht zu entscheiden. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, daß die Dienststelle vom Arbeitsamt bereits mit Schreiben vom 21. Januar 1997 über den Gleichstellungsantrag des Klägers unterrichtet worden war. Zumindest seit diesem Zeitpunkt mußte das beklagte Land mit der Zustimmungsbedürftigkeit der Kündigungen nach §§ 15, 21 SchwbG rechnen. Schon damals hätte eine vorsorgliche Zustimmung der Hauptfürsorgestelle beantragt werden können. Von einer erheblichen Risikoverlagerung und einer erheblichen Benachteiligung des Arbeitgebers, wie sie die Revision einwendet, kann unter diesen Umständen keine Rede sein. Gerade im Fall der außerordentlichen Kündigung ist gemäß § 21 Abs. 3 Satz 1 SchwbG das Verfahren vor der Hauptfürsorgestelle auf zwei Wochen beschränkt und das Ermessen der Hauptfürsorgestelle gemäß § 21 Abs. 4 SchwbG eng begrenzt. Soll die Kündigung nicht aus einem mit der Behinderung im Zusammenhang stehenden Grund ausgesprochen werden, kann der Arbeitgeber regelmäßig mit einem zustimmenden Bescheid rechnen (*vgl. BVerwG 2. Juli 1992 aaO*). Widerspruch und Anfechtungsklage des Arbeitnehmers gegen einen solchen Bescheid haben keine aufschiebende Wirkung (§ 18 Abs. 4, § 21 Abs. 1 SchwbG). Wenn das beklagte Land weder auf die Unterrichtung des Arbeitsamtes vom 21. Januar 1997 noch auf die Mitteilung des Klägers vom 4. Juni 1997 reagierte, er habe Anträge auf Gleichstellung und Neufeststellung des Grades seiner Behinderung gestellt, so nahm es das Risiko in Kauf, daß sich die Kündigung infolge der erst noch festzustellenden Schwerbehinderung des Klägers oder seiner Gleichstellung mit Schwerbehinderten als unwirksam erweisen würde. Für die von der Revision eingewandte Verwirkung des Rechts des Klägers, sich im Kündigungsprozeß auf



die fehlende Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zu berufen, fehlt es jedenfalls an einem schutzwürdigen Vertrauen des beklagten Landes (*vgl. zu den Voraussetzungen des Verwirkungseinwands BAG 9. Juli 1958 - 2 AZR 438/56 - BAGE 6, 165*).

Etzel Bröhl Fischermeier

Bensinger Nielebock



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

