

Aktenzeichen: 2 AZR 340/78

LAG Düsseldorf Urteil des BAG vom 3. Juli 1980

Für das Nachschlagewerk: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Gesetz: SchwbG § 18 Abs. 3 und 6; BGB §§ 119, 186 ff., § 193;
§ 626 Ausschußfrist; BetrVG 1972 § 102; BPersVG § 79;
SchwbG §§ 14, 15

Leitsätze:

- 1.a) Will die Hauptfürsorgestelle den Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung eines Schwerbehinderten ablehnen, so muß sie ihre Entscheidung dem Arbeitgeber innerhalb der 10-Tagefrist des § 18 Abs. 3 Satz 1 SchwbG in irgendeiner Weise bekanntgeben; ob dafür schriftliche Bekanntgabe oder Zustellung der Entscheidung erforderlich ist, bleibt unentschieden.
- b) Erhält der Arbeitgeber bis zum Ablauf der 10-Tagefrist keine Mitteilung der Hauptfürsorgestelle, so gilt die Zustimmung gemäß § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG als erteilt mit der Folge, daß am Tage nach dem Ablauf dieser Frist die Ausschußfrist des § 18 Abs. 6 SchwbG beginnt.
- 2.a) Die außerordentliche Kündigung ist nur dann im Sinne des § 18 Abs. 6 SchwbG unverzüglich "erklärt", wenn sie innerhalb dieses Zeitraums dem Schwerbehinderten nach den allgemeinen Regeln zugegangen ist; die Absendung der Kündigungserklärung innerhalb dieses Zeitraums genügt nicht.
- b) Um für den Fall des Eintritts der Zustimmungsfiktion des § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG das Ende der 10-Tagefrist und den Beginn der Ausschußfrist des § 18 Abs. 6 SchwbG bestimmen zu können, muß der Arbeitgeber sich alsbald nach dem Eingang seines Zustimmungsantrags bei der Hauptfürsorgestelle erkundigen.
- c) Der Arbeitgeber kann das Verfahren der Anhörung des Personalrats zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung eines Schwerbehinderten auch nach dem Ende des Zustimmungsverfahrens oder nach dem Eintritt der Zustimmungsfiktion einleiten (im Anschluß an das Urteil des Vierten Senats vom 5. September 1979 - 4 AZR 875/77-[demnächst] AP Nr. 6 zu § 12 SchwbG). In diesem Fall muß der Arbeitgeber jedoch, soweit keine besonderen Hinderungsgründe entgegenstehen, sofort nach Bekanntgabe der Zustimmungsentscheidung oder nach Ablauf der 10-Tagefrist das Anhörungsverfahren einleiten und sofort nach Eingang der Stellungnahme des Personalrats oder des Ablaufs der 3-Tagefrist des § 79 Abs. 3 Satz 3 BPersVG die Kündigung

erklären
[\(mobile App\)](#)



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

2 AZR 340/78

4 Sa 1843/77 Düsseldorf

Verkündet am
3. Juli 1980

gez. Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 3. Juli 1980 durch den Richter Dr. Gehring als Vorsitzenden, die Richter Triebfürst und Dr. Etzel sowie die ehrenamtlichen Richter Thieß und Dr. Müller für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 10. Februar 1978 - 4 Sa 1843/77 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 21. September 1977 - 4 Ca 18/77 - abgeändert.
3. Es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 14. Dezember 1976 zum 31. Januar 1977 nicht aufgelöst worden ist, sondern fortbesteht.
4. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

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



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 2 -

Tatbestand:

Der im Jahre 1930 geborene Kläger trat im Juni 1960 als Arbeiter in die Dienste der Beklagten. Er war in verschiedenen Betriebsstätten eingesetzt, seit dem Jahre 1975 im Bahnbetriebswerk H als Bote gegen einen monatlichen Bruttolohn von zuletzt 1.800,-- DM. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der Lohntarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Bundesbahn (künftig: LTV) Anwendung.

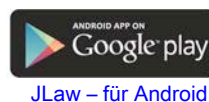
Der Kläger war in der Zeit von 1970 bis 1976 an insgesamt 1092 Tagen arbeitsunfähig krank. Durch Bescheid des Versorgungsamtes Dortmund vom 7. Januar 1975 wurde er als Schwerbehinderter mit einem Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit von 50 % anerkannt.

Im November 1976 wurde der Kläger dem Bahnarzt Dr. M zur Überprüfung seiner Diensttauglichkeit vorgestellt. Der Bahnarzt erstattete unter dem 12. November 1976 ein Gutachten, welches am 15. November 1976 beim zuständigen Personalbüro der Beklagten einging. In dem Gutachten ist ausgeführt, daß der Kläger als eine abnorme Gesamtpersönlichkeit mit seit Jahren gestörter Fehleinstellung zu seiner täglichen Arbeit beurteilt werden müsse, wegen seiner psychischen Fehlhaltung gegen jedwede Lohn Tätigkeit eine ausgesprochene Abneigung habe und dann eben in die Krankheit flüchte. Er sei deshalb für jegliche Tätigkeit bei der Beklagten dauernd untauglich.

Daraufhin stellte die Beklagte bei der Hauptfürsorgestelle den Antrag auf Zustimmung zu einer fristlosen Kündigung des Klägers, der dort am 24. November 1976 einging. Die Hauptfürsorgestelle traf keine Entscheidung. Mit Schreiben vom 14. Dezember 1976, dem Kläger zugegangen am 16. Dezember 1976, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich mit einer Auslauffrist zum 31. Januar 1977. Der Personalrat war vor dieser Kündigung angehört worden. Darüber, ob die Anhörung vor oder nach dem Zustimmungsverfahren bei der Hauptfürsorgestelle durchgeführt wurde, haben die Vorinstanzen keine Feststellungen getroffen.



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



Aufgrund der bahnärztlichen Gutachtens stellte der Kläger einen Rentenanspruch. Der hierauf eingeschaltete Sozialmedizinische Dienst der Bundesknappschaft gelangte zu dem Ergebnis, daß der Kläger im Bergbau regelmäßig und vollschichtig noch einsatzfähig sei für körperlich leichtere Arbeiten über Tage, u. a. auch als Bote, ebenso für entsprechende Arbeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt. Daraufhin lehnte die Bundesbahn-Versicherungsanstalt durch Bescheid vom 3. Juni 1977 den Rentenanspruch ab.

Mit der Klage erstrebt der Kläger die Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten nicht aufgelöst worden sei, sondern fortbestehe. Er hat geltend gemacht, daß keine Zustimmung der Hauptfürsorgestelle vorliege und er nach dem Gutachten des Sozialmedizinischen Dienstes noch für mehrere Tätigkeiten bei der Beklagten diensttauglich sei.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, der Kläger sei nach dem bahnärztlichen Gutachten dienstunfähig. An diese Beurteilung seien nicht nur die Parteien, sondern auch die Gerichte gebunden, weil nach § 30 Abs. 12 Satz 1 LTV im Zweifel der Bahnarzt die Dienstunfähigkeit feststelle; die Tarifvertragsparteien hätten hier eine Schiedsgutachtervereinbarung getroffen.

Demgegenüber hat der Kläger die Ansicht vertreten, Sinn und Zweck der Tarifnorm sei es nur, die Begutachtung vor einer Kündigung nicht durch private Ärzte, sondern allein durch die Bahnärzte wegen ihrer besonderen Sachkunde vornehmen zu lassen. Eine weitergehende Bindungswirkung des bahnärztlichen Gutachtens hätten die Tarifvertragsparteien nicht gewollt, im übrigen aus Rechtsgründen auch gar nicht vereinbaren können. Schließlich ergebe sich aus dem Gutachten des Sozialmedizinischen Dienstes und dem ablehnenden Bescheid der Bundesbahn-Versicherungsanstalt, daß das bahnärztliche Gutachten willkürlich und deshalb selbst als Schiedsgutachten nicht verbindlich sei.



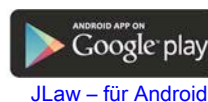
Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Die Kündigung der Beklagten ist unwirksam, weil sie entgegen der Vorschrift des § 18 Abs. 6 SchwbG nicht unverzüglich nach Eintritt der Zustimmungsfiktion des § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG erklärt worden ist. Auf die von beiden Vorinstanzen bejahte Frage, ob die Dienstunfähigkeit des Klägers allein aufgrund des bahnärztlichen Gutachtens gemäß § 30 Abs. 12 Satz 1 LTV auch für die Gerichte bindend festgestellt ist und damit ein wichtiger Grund für die Kündigung vorliegt, kommt es deshalb nicht an.

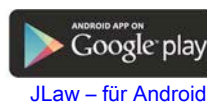
I. Das Landesarbeitsgericht ist ohne nähere Begründung davon ausgegangen, daß die Beklagte die zwingenden Kündigungsschutzbestimmungen des Schwerbehindertengesetzes beachtet hat. Es hat ausgeführt, diese Frage bedürfe im Berufungsverfahren keiner weiteren Erörterung mehr, zumal dies vom Kläger auch nicht weiter gerügt worden sei.

Dieser Ansicht vermag der Senat nicht zu folgen. Der Kläger hat seinen Feststellungsantrag ohne ausdrückliche Beschränkung auf bestimmte Unwirksamkeitsgründe in beiden Instanzen verfolgt. Er hat geltend gemacht, daß kein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vorliege und sich in der Klageschrift auch auf die nach seiner Kenntnis fehlende Zustimmung der Hauptfürsorgestelle berufen. Zwar hatte nach dem bereits in erster Instanz unstreitig gewordenen Sachverhalt die Hauptfürsorgestelle über den Zustimmungsantrag der Beklagten nicht entschieden, so daß die Zustimmung gemäß § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG als erteilt galt und der Kläger deshalb auch den Einwand der Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlender Zustimmung im Berufungsverfahren nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg weiterverfolgen konnte. Jedoch mußte



das Landesarbeitsgericht den Sachverhalt auch ohne ausdrückliche Rüge des Klägers daraufhin überprüfen, ob die Beklagte die Kündigung gemäß § 18 Abs. 6 SchwbG auch rechtzeitig, nämlich unverzüglich nach der - fingierten - Erteilung der Zustimmung erklärt hat. Diese Frist ist eine materiell-rechtliche Ausschußfrist. Wird sie nicht beachtet, so hat dies in gleicher Weise wie bei Versäumnis der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB den Verlust des Rechts zur außerordentlichen Kündigung zur Folge. Auch diese gesetzliche Ausschußfrist enthält sachlich den Tatbestand einer Verwirkung des wichtigen Kündigungsgrundes wegen Zeitablaufs; es wird danach unwiderlegbar so angesehen, als ob der wichtige Grund fehle (vgl. Gröninger, SchwbG, § 18 Anm. 3 b und 7; zu § 626 Abs. 2 BGB: BAG 24, 292 [294 ff.] = AP Nr. 1 zu § 13 KSchG 1969 [zu 1 der Gründe] und BAG 24, 341 [343] = AP Nr. 3 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu I 1 der Gründe]). Die Rechtzeitigkeit der Kündigungserklärung ist somit in die Prüfung, ob ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung vorliegt, von Amts wegen ohne Rücksicht auf eine ausdrückliche Rüge der Partei einzubeziehen. Nur wenn der Kläger ausdrücklich erklärt hätte er wolle die Klage nicht auf seine Schwerbehinderteneigenschaft stützen, könnte darin nicht nur eine Beschränkung des Klagevorbringens dem Rechtsvortrag nach, sondern auch nach seinem tatsächlichen Inhalt gesehen werden, die dem Landesarbeitsgericht eine Prüfung nach den Vorschriften des Schwerbehindertengesetzes verwehrt hätte, da auch das arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren der Parteiherrschaft unterliegt (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 70 PersVG Kündigung [zu I der Gründe]).

II. Die Beklagte hat die Ausschußfrist des § 18 Abs. 6 SchwbG versäumt. Schon deshalb ist die Kündigung der Beklagten unwirksam. Der Senat kann dies aufgrund des unstreitigen Sachverhalts abschließend feststellen. Daher war das angefochtene Urteil aufzuheben und unter Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils der Klage stattzugeben (§ 565 Abs. 3 Ziff. 1 ZPO).



1. Gemäß §§ 12, 18 Abs. 1 SchwbG bedurfte die außerordentliche Kündigung des um 50 % in seiner Erwerbsfähigkeit geminderten Klägers der vorherigen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle. Die nach § 18 Abs. 2 SchwbG vorgeschriebene Antragsfrist von zwei Wochen nach Kenntnis des Arbeitgebers von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat die Beklagte gewahrt.

Bestimmend für ihren Entschluß, den Kläger zu entlassen, war das in dem Gutachten vom 12. November 1976 niedergelegte Ergebnis der bahnärztlichen Untersuchung des Klägers. Hiervon erlangte die Beklagte mit Eingang des Gutachtens bei der Bundesbahndirektion Essen am 15. November 1976 Kenntnis, wie ein auf dem Gutachten angebrachter handschriftlicher Vermerk ausweist. Nach der das Revisionsgericht gemäß § 561 Abs. 1 ZPO bindenden Feststellung im unstreitigen Teil des Tatbestandes des angefochtenen Urteils ging der Zustimmungsantrag am 24. November 1976 und somit rechtzeitig bei der zuständigen Hauptfürsorgestelle, dem Landschaftsverband Westfalen - Lippe, ein.

2. Die Zustimmung zu der beantragten Kündigung galt kraft gesetzlicher Fiktion mit Ablauf des 6. Dezember 1976 als erteilt.

a) Nach § 18 Abs. 3 Satz 1 SchwbG hat die Hauptfürsorgestelle innerhalb von 10 Tagen vom Tage des Eingangs des Antrages an die Entscheidung zu treffen. Da im vorliegenden Fall unstreitig keine Entscheidung ergangen ist, gilt die Zustimmung gemäß § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG als erteilt.

b) Die Zehntagefrist, die der Hauptfürsorgestelle für ihre Entscheidung zur Verfügung steht, ist nach den §§ 186 bis 188 und § 193 BGB zu berechnen. Diese Vorschriften gelten zwar unmittelbar nur für das bürgerliche Recht. Jedenfalls für die Zeit bis zum Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes (VwVfG) vom 25. Mai 1976 (BGBl. I, 1253) und der entsprechenden Gesetze der Länder (vgl. z. B. Verwaltungsverfahrensgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (VwVfG.NW) vom 21. Dezember 1976 (GVBl. NW 1976, 438) am 1. Januar 1977 (§ 103 Abs. 1 VwVfG; § 99 Abs. 1 VwVfG.NW) galten diese



Auslegungsvorschriften sinngemäß auch im öffentlichen Recht (vgl. BVerwGE 44, 45 [47] m.w.N.; BVerwG DVBl. 1968, 941 und 1970, 417; Forsthoff, Verwaltungsrecht, 10. Aufl., § 9 [S. 174]; MünchKomm. - von Feldmann, BGB, § 193 RdNr. 1; Staudinger-Dilcher, BGB, 12. Aufl., § 186 Rz 4; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 37 III a [S. 263]). Ob hieran auch für die Zeit nach Inkrafttreten der vorbezeichneten Verfahrensgesetze festzuhalten ist (verneinend Staudinger-Dilcher, aaO: nur noch kraft besonderer Anordnung in den jeweiligen Gesetzen) kann im Streitfall dahingestellt bleiben, weil der Antrag der Beklagten am 24. November 1976 bei der Hauptfürsorgestelle einging und deshalb die Entscheidung fristwährend noch im Jahre 1976 getroffen werden mußte.

c) Danach begann die Zehntagefrist für die Hauptfürsorgestelle gemäß § 187 Abs. 1 BGB am 25. November 1976, dem Tag nach dem Eingang des Antrags. Da der letzte Tag auf Sonnabend, den 4. Dezember 1976, fiel, endete die Frist am Montag, dem 6. Dezember 1976 (§ 188 Abs. 1, § 193 BGB).

d) Mit Ablauf dieser Frist galt die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle gemäß § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG als erteilt, so daß die Beklagte vom 7. Dezember 1976 an die Kündigung erklären konnte.

aa) Die Bestimmung des Endes der Zehntagefrist und damit auch des Beginns der Frist des § 18 Abs. 6 SchwbG hängt von der Beantwortung der Frage ab, wann die Hauptfürsorgestelle die Entscheidung im Sinne des § 18 Abs. 3 Satz 1 SchwbG "getroffen" hat. Hierüber sind die Meinungen in Schrifttum und Rechtsprechung geteilt.

Nach Gröninger (aaO, § 18 Anm. 4 a) muß die Hauptfürsorgestelle, wenn sie die Zustimmung ablehnen und es nicht zum Eintritt der Zustimmungsfiktion kommen lassen will, ihre Entscheidung so treffen, daß sie noch innerhalb der Zehntagefrist jedenfalls dem Arbeitgeber schriftlich mit Begründung und Rechtsmittelbelehrung zugestellt wird; erst von der Zustellung an ist die Entscheidung wirksam "getroffen" und der



Arbeitgeber damit gehindert, außerordentlich zu kündigen. Demgegenüber genügen nach Wilrodt-Neumann (SchwbG, 5. Aufl., § 18 Anm. 19) und Rewolle (SchwbG, § 18 Anm. I sowie BB 1977, 202 [203]) schriftliche, auch fernschriftliche oder telegrafische, nicht aber telefonische Mitteilung der Entscheidung. Weber (SchwbG, § 18 Anm. 2) hält eine durch Fernschreiben mitgeteilte ablehnende Entscheidung ebenfalls für wirksam, vertritt jedoch offenbar die Ansicht, daß die Zustimmung erst 14 Tage nach Eingang des Antrags als erteilt gilt, wenn vorher keine schriftliche Bekanntgabe der ablehnenden Entscheidung erfolgt ist.

bb) Die Streitfrage muß für die Entscheidung des vorliegenden Falles nicht abschließend beantwortet werden. Der Senat ist aber der Ansicht, daß die den Antrag ablehnende Entscheidung der Hauptfürsorgestelle dem dadurch betroffenen Arbeitgeber innerhalb der Zehntagefrist in jedem Falle in irgendeiner Weise, und sei es auch nur mündlich, bekannt gemacht werden muß, um den Eintritt der Zustimmungsfiktion zu verhindern. Geschieht dies nicht, so kann der Arbeitgeber nach Ablauf der Frist die Kündigung erklären.

§ 18 SchwbG enthält keine besonderen Vorschriften über die Bekanntgabe der Entscheidung der Hauptfürsorgestelle im Falle der außerordentlichen Kündigung eines Schwerbehinderten. Nach § 18 Abs. 1 gelten jedoch, mit Ausnahme des § 13, die Vorschriften des Vierten Abschnitts des Gesetzes (§§ 12 ff), soweit sich aus den folgenden Bestimmungen nichts Abweichendes ergibt. § 15 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 SchwbG bestimmen, daß die Entscheidung über eine Zustimmung zur ordentlichen Kündigung dem Arbeitgeber und dem Schwerbehinderten zuzustellen ist und im Falle der Zustimmung der Arbeitgeber innerhalb eines Monats nach Zustellung die Kündigung erklären muß. Nach Gröninger (aaO) ergibt sich aus der Verweisung in § 18 Abs. 1 SchwbG das Erfordernis der Zustellung des ablehnenden Bescheides der Hauptfürsorgestelle für die Wahrung der Zehntagefrist.

Rewolle (aaO) hält entgegen, daß sich bei unmittelbarer Anwendung des § 15 Abs. 2 SchwbG die Zehntagefrist für die Hauptfürsorgestelle u. U. um mehrere Tage verkürzen würde, demgemäß nur eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift in Betracht komme und es ihrem Sinn, die Kenntnis der Betroffenen von der Entscheidung sicherzustellen, entspreche, die Bekanntgabe genügen zu lassen, die allerdings nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen schriftlich erfolgen müsse. Diesen Ausführungen stimmt der Senat in jedem Falle insoweit zu, als eine Bekanntgabe der ablehnenden Entscheidung an den Arbeitgeber gefordert wird.

Nach allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts bedarf ein Verwaltungsakt - wie die Entscheidung der Hauptfürsorgestelle - zu seiner Entstehung der Bekanntgabe (BGHZ 4, 10 [20 f.]; Eyermann-Fröhler, VwGO, 7. Aufl., Anh. § 42 RdNr. 8; Wolff-Bachof, aaO, § 50 I a und II c 1 [S. 413 und 417]). Auch nach den neuen Verwaltungsverfahrensgesetzen muß ein Verwaltungsakt dem Adressaten oder dem von ihm Betroffenen bekanntgegeben werden und wird ihnen gegenüber erst im Zeitpunkt der Bekanntgabe wirksam (vgl. nur § 41 Abs. 1 Satz 1, § 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG; § 41 Abs. 1 Satz 1 und § 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG.NW). Die Bekanntgabe des Verwaltungsakts ist nicht immer an eine bestimmte Form gebunden. Jedoch ist Schriftform selbst ohne ausdrückliche Vorschrift erforderlich, wenn Besonderheiten, z. B. Kenntnis des genauen Wortlauts bei gestaltenden Verwaltungsakten, dies erfordern (Forsthoff, aaO, § 11 Nr. 6 [S. 220]; Rewolle, aaO; Wolff-Bachof, aaO, § 50 II c 3 [S. 418]).

Diese Grundsätze erfordern in jedem Falle eine mündliche (telefonische) Bekanntgabe der die Zustimmung ablehnenden Entscheidung an den Arbeitgeber innerhalb der Zehntagefrist, um den Fristablauf zu verhindern. Der Regierungsentwurf zum Schwerbehindertengesetz hatte zwar der Hauptfürsorgestelle nur eine Wochenfrist zugebilligt, um dem Interesse des Arbeitgebers an einer raschen Klärung der Rechtslage Rechnung



zu tragen (BT-Drucks. 7/656, Begründung zu Art. I Nr. 22 b). Der Bundesrat (BT-Drucks. 7/656, Stellungnahme zur Art. I Nr. 22 b) schlug dann die Gesetz gewordene Änderung mit der Begründung vor, die Verlängerung sei aus verwaltungspraktischen Gründen unerlässlich, weil es regelmäßig nicht möglich sei, innerhalb einer Woche das Anhörungsverfahren durchzuführen und eine Entscheidung zu treffen. Daraus ist aber nicht zwingend zu folgern, daß der Gesetzgeber bei der Bemessung der Frist jeweils auf die Willensbildung innerhalb der Behörde abstellen wollte. Es liegt näher anzunehmen, daß die Gesetzgebungsorgane von dem allgemein anerkannten verwaltungsrechtlichen Grundsatz ausgegangen sind, ein Verwaltungsakt bedürfe in jedem Falle einer Bekanntgabe an den Adressaten und den Betroffenen, und deshalb durch die Fristverlängerung der Hauptfürsorgestelle trotz des Erfordernisses der Bekanntmachung eine volle Woche für ihre abschließende Willensbildung einräumen wollten. Daß in § 18 Abs. 3 SchwbG von "Entscheidung", in anderen Vorschriften des Gesetzes (§ 35 Abs. 1, § 37 Abs. 1 und 2) von "Bescheid" gesprochen wird (vgl. Weber, aaO), kann kein wesentliches Auslegungskriterium sein, da auch in § 15 Abs. 2 SchwbG der Begriff "Entscheidung" verwendet wird. Demgegenüber erfordert auch das Gebot der Rechtssicherheit im Kündigungsrecht, daß der Arbeitgeber aufgrund einer von der zuständigen Behörde ausgehenden "amtlichen" Mitteilung Gewißheit darüber erlangt, ob das gesetzliche Kündigungsverbot bestehen geblieben oder durch Ablauf der der Behörde vorbehaltenen Entscheidungsfrist beseitigt worden ist. Deshalb überzeugt die von Weber (aaO) vertretene Ansicht nicht, das Gesetz stelle im Interesse der Klarheit der Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber entscheidend auf den Inhalt der behördlichen Entscheidung ab, während die Formvorschriften nur die Rechtslage zwischen dem durch den Verwaltungsakt Betroffenen und der Staatsverwaltung klarstellen sollten und deshalb im Rahmen des § 18 Abs. 3 SchwbG nicht anwendbar seien; denn die Ungewißheit über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Kündigung belastet in gleicher Weise die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Schwerbehinderten.



Auch wenn nur dieses Mindestanforderungs der mündlichen Bekanntmachung für die Fristwahrung durch die Hauptfürsorgestelle erfüllt sein muß, kann der Arbeitgeber die Kündigung erklären, wenn ihm innerhalb der Frist keine solche Mitteilung der Behörde über eine Ablehnung seines Antrags zugegangen ist. Die Frage, ob für die Wahrung der Frist die Zustellung oder zumindest der Zugang einer schriftlichen Erklärung der Behörde erforderlich ist, wird erst erheblich, wenn eine Entscheidung zwar ergangen ist, aber erst nach Fristablauf förmlich bekannt gemacht wurde, und braucht deshalb für die Entscheidung des vorliegenden Falles nicht beantwortet zu werden.

3. Die Beklagte hat die Kündigung nicht mehr unverzüglich im Sinne des § 18 Abs. 6 SchwbG erklärt.

a) Die Kündigung ist im Sinne dieser Norm "erklärt", wenn sie dem Schwerbehinderten gemäß § 130 BGB zugegangen ist.

aa) Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei der Frist des § 18 Abs. 6 SchwbG wie bei der Frist des § 626 Abs. 2 BGB um eine materiell-rechtliche Ausschußfrist, deren Versäumung die Kündigung unwirksam macht. Für die Wahrung der letztgenannten Frist hat der Senat (AP Nr. 12 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu III 1 der Gründe] m. w. N.) auf den Zugang der Kündigungserklärung bei dem Kündigungsempfänger abgestellt und hierfür zwei Gründe angeführt. Zum einen sei die Kündigung als empfangsbedürftige Willenserklärung vor ihrem Zugang als rechtserhebliche Erklärung nicht vorhanden. Zum anderen solle durch die Frist für denjenigen, der einen wichtigen Grund zur Kündigung gesetzt habe, Klarheit geschaffen werden, bis wann er noch mit einer außerordentlichen Kündigung zu rechnen habe. Die Ungewißheit hierüber könne nur beseitigt werden, wenn man auf den Zugang der Kündigungserklärung abstelle. Diese Erwägungen treffen aber auch für den Geltungsbereich des § 18 Abs. 6 SchwbG zu. Der Zweiwochenzeitraum, innerhalb dessen der Arbeitnehmer mit einer außerordentlichen Kündigung zu rechnen hat, mußte im Hinblick auf die erforderliche Zustimmung der Hauptfürsorgestelle ohnehin erheblich verlängert werden. Die Begrenzung dieses Zeitraums durch § 18 Abs. 6

Schwbg dient demselben Zweck wie die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB. Die Ungewißheit für den Schwerbehinderten, der einen wichtigen Kündigungsgrund gesetzt hat, kann deshalb ebenfalls nur beseitigt werden, wenn der Zugang der Kündigungserklärung bei ihm maßgebend ist.

bb) Gröninger (aaO, § 18 Anm. 7) und ihm - ohne eigene Begründung - folgend Rewolle (Schwbg, § 18 Anm. II 2) wollen bei Erklärung gegenüber einem Abwesenden § 121 Abs. 1 Satz 2 BGB anwenden, der bestimmt, daß die Anfechtung einer Willenserklärung wegen Irrtums (§§ 119, 120 BGB) als rechtzeitig erfolgt gilt, wenn die Anfechtungserklärung unverzüglich abgesandt worden ist. Da die Anfechtung ebenfalls eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist und demgemäß erst mit Zugang beim Anfechtungsgegner wirksam wird, bedurfte es dieser ausdrücklichen Regelung, wenn die Anfechtungsfrist bereits durch die Absendung der schriftlichen Anfechtungserklärung gewahrt sein sollte. Es handelt sich um eine Sonderregelung über die Risikoverteilung bei der Übermittlung der verkörperten Anfechtungserklärung, da grundsätzlich der Absender das Verzögerungsrisiko bis zum Eintritt der Erklärung in den Machtbereich des Adressaten tragen muß (vgl. Staudinger-Dilcher, aaO, § 121 Rz 2). Während diese Ausnahmenvorschrift den Schutz des Erklärenden bezweckt, dient die Frist des § 18 Abs. 6 Schwbg dem Interesse des Erklärungsgegners. Deshalb scheidet auch eine entsprechende Anwendung des § 121 Abs. 1 Satz 2 BGB hier aus. Diese Auslegung steht auch in Einklang mit der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Irrtumsanfechtung des Arbeitsvertrages; nach dem Urteil des Siebten Senats vom 14. Dezember 1979 - 7 AZR 38/78 - ([demnächst] AP Nr. 4 zu § 119 BGB [zu IV 2 d der Gründe], die Entscheidung ist auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt) ist nicht nur die Regelung des § 626 Abs. 2 BGB i. S. einer Höchstfrist anzuwenden, sondern auch für die Wahrung dieser Frist auf den Zugang der Anfechtungserklärung entsprechend der Senatsrechtsprechung zu § 626 Abs. 2 BGB abzustellen.



Auch die Überlegungen, die den Senat veranlaßt haben, im Sinne des § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG den "Ausspruch" der Kündigung auf den Zeitpunkt vorzuverlegen, in dem das Kündigungsschreiben den Machtbereich des Arbeitgebers verlassen hat (BAG 27, 331 [335] = AP Nr. 7 zu § 102 BetrVG 1972 [zu 3 a der Gründe]), sind auf den Anwendungsbereich des § 18 Abs. 6 SchwbG nicht übertragbar. Das Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 2 BetrVG soll dem Betriebsrat die Möglichkeit verschaffen, innerhalb der dort festgelegten Fristen auf die Willensbildung des Arbeitgebers Einfluß zu nehmen; deshalb ist es ohne Bedeutung, zu welchem Zeitpunkt die Kündigung dem Arbeitnehmer letztlich zugeht. Demgegenüber dient die Erklärungsfrist des § 18 Abs. 6 SchwbG nicht dem Interesse eines an dem Kündigungsvorgang zu beteiligenden Dritten, sondern dem Klarstellungsinteresse des Gekündigten.

b) Mit dem erst am 16. Dezember 1976 erfolgten Zugang des Kündigungsschreibens an den Kläger ist die Kündigung nicht mehr unverzüglich erklärt worden.

aa) Nachdem durch § 18 Abs. 2 SchwbG die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB für außerordentliche Kündigungen in das Zustimmungsverfahren gewissermaßen vorverlagert ist, stellt Abs. 6 klar, daß nach erteilter Zustimmung nicht eine neue Ausschlußfrist läuft; der Arbeitgeber muß vielmehr unverzüglich, d. h. im Sinne der Legaldefinition des § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB ohne schuldhaftes Zögern kündigen (so zutreffend Gröninger, aaO, § 18 Anm. 7; ebenso Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl., Rdnr. 466). Dem Arbeitgeber steht somit eine angemessene Überlegungsfrist zu, die jedoch mit Rücksicht darauf, daß die Kündigungsabsicht bereits Gegenstand des Zustimmungsverfahrens gewesen ist, also ergänzende Überlegungen kaum nötig sind, sehr knapp zu bemessen ist (Gröninger, aaO, § 18 Anm. 7; ebenso Rewolle, SchwbG, § 18 Anm. II 2).

bb) Da die Kündigungserklärungsfrist von der Erteilung der Zustimmung durch die Hauptfürsorgestelle an zu laufen beginnt, muß der Arbeitgeber sicherstellen, daß er den Fristbeginn



auch im Falle der Zustimmungsfiktion des § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG ermitteln kann. Deshalb muß er sich alsbald nach Absendung des Zustimmungsantrags bei der Hauptfürsorgestelle erkundigen, wann der Antrag dort eingegangen ist, weil dieser Zeitpunkt maßgebend für den Beginn der Zehntagefrist ist.

cc) Im Streitfall haben die Vorinstanzen nicht festgestellt, ob die Anhörung des Personalrats gemäß § 79 Abs. 3 BPersVG auch schon vor Ablauf der Zehntagefrist des § 18 Abs. 3 Satz 1 SchwbG oder erst danach erfolgt ist. Dies nötigt jedoch nicht zu einer weiteren Sachaufklärung, weil in beiden Fällen die Kündigung als verspätet erklärt anzusehen ist.

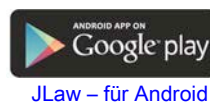
dd) Das Schwerbehindertengesetz schreibt nicht vor, daß der Arbeitgeber die Betriebs- oder Personalvertretung schon vor Antragstellung beteiligt haben muß. Vielmehr bleibt es dem Arbeitgeber grundsätzlich unbenommen, die Betriebsvertretung auch erst während des Zustimmungsverfahrens oder nach dessen Ende zu beteiligen. Dies entspricht für die ordentliche Kündigung des Schwerbehinderten der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der Meinung im Schrifttum, soweit zu dieser Frage Stellung genommen wird (Urteil der Vierten Senats vom 5. September 1979 - 4 AZR 875/77 - [demnächst] AP Nr. 6 zu § 12 SchwbG; Gröninger, aaO, § 14 Anm. 4 b; Rewolle, SchwbG, § 14 Anm. II 2; Weber, aaO, § 14 Anm. 3).

Für die außerordentliche Kündigung kann nichts anderes gelten. Zwar ist allgemein für die ordentliche Kündigung keine Erklärungsfrist vorgeschrieben, und die für die ordentliche Kündigung eines Schwerbehinderten nach § 15 Abs. 3 SchwbG festgelegte Frist von einem Monat nach Zustellung der Zustimmung läßt ausreichende Zeit für die Anhörung der Betriebsvertretung. Demgegenüber ist die Ausnahmeregelung des § 18 Abs. 6 SchwbG dadurch veranlaßt worden, daß der Arbeitgeber wegen des durch das Gesetz auch für die außerordentliche Kündigung neu eingeführten Zustimmungserfordernisses die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB in der Regel nicht einhalten könnte. Daraus folgt aber nicht, daß die Ausnahmeregelung auch nur dann eingreifen soll, wenn allein noch die



Durchführung des Zustimmungsverfahrens die Wahrung der Ausschußfrist verhindert. § 18 Abs. 6 SchwbG geht vielmehr ohne weitere Vorbehalte von dem Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB aus und fordert nach Erteilung der Zustimmung und damit nach dem Wegfall des bis dahin bestehenden Kündigungsverbots, daß die Kündigung nunmehr unverzüglich erklärt werden muß. Der eindeutige Wortlaut der Vorschrift verbietet es, auch im Wege der teleologischen Reduktion (vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., S. 377 ff.), die Kündigung nur dann zuzulassen, wenn die Versäumung der Zweiwochenfrist des § 626 BGB ausschließlich auf die Durchführung des Zustimmungsverfahrens zurückzuführen ist.

ee) Der Arbeitgeber handelt aber auch nicht bereits dadurch schuldhaft, daß er bei einer außerordentlichen Kündigung zunächst abwartet, ob das gesetzliche Kündigungsverbot beseitigt wird, bevor er die Betriebsvertretung beteiligt. Zwar muß die Hauptfürsorgestelle auch bei der Entscheidung über die Zustimmung zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung nach § 18 Abs. 1, § 14 Abs. 2 SchwbG eine Stellungnahme der Betriebsvertretung einholen (Wilrodt-Neumann, aaO, § 18 Anm. 18). Diese ersetzt jedoch nicht die nach den betriebsverfassungsrechtlichen Vorschriften erforderliche Beteiligung der Betriebsvertretungsorgane durch den Arbeitgeber. Dennoch darf der Arbeitgeber das Zustimmungsverfahren abwarten, ohne bereits dadurch sein Kündigungsrecht zu verwirken. Der Senat hat in diesem Zusammenhang erwogen, daß anderenfalls folgerichtig bei der außerordentlichen Kündigung eines schwerbehinderten Betriebsrats- oder Personalratsmitglieds die Ablehnung der vor der Entscheidung der Hauptfürsorgestelle beantragten Zustimmung des Betriebsverfassungsorgans auch das Ersetzungsverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG erforderlich machen würde, obwohl dieses bei einer ablehnenden Entscheidung der Hauptfürsorgestelle gegenstandslos würde. Schließlich muß es einem entsprechend dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) auf



Übereinstimmung mit dem Betriebsrat bedachten Arbeitgeber unbenommen bleiben, dem Betriebsrat, der zuvor der beabsichtigten Kündigung widersprochen hat, nach Erteilung der Zustimmung nochmals Gelegenheit zu geben, seine Meinung zu überprüfen.

ff) Im Hinblick auf den bereits erörterten Klarstellungszweck der Erklärungsfrist muß der Arbeitgeber jedoch dann, wenn er die Betriebsvertretung erst nach Erteilung der Zustimmung beteiligt, das Beteiligungsverfahren in der kürzest möglichen Zeit einleiten und nach dessen Beendigung, d. h. nach Eingang der Stellungnahme, spätestens aber nach Ablauf der Dreitagefristen des § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG und des § 79 Abs. 3 Satz 3 BPersVG sowie der entsprechenden Vorschriften der Personalvertretungsgesetze der Länder, sofort die Kündigung erklären. Da er bereits durch die Stellung des Zustimmungsantrags zum Ausdruck gebracht hat, daß er die Kündigung ernsthaft beabsichtige, kann ihm vor der erst nach Erteilung der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle erfolgten Einleitung des Anhörungsverfahrens und nach seinem Ende nicht noch eine weitere Überlegungsfrist zugebilligt werden.

c) Die Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall ergibt, daß die Kündigung der Beklagten verspätet ist.

Wurde der Personalrat, der nach dem Vortrag der Beklagten Bedenken gegen die Kündigung vorgebracht hatte, vor Ablauf der Zehntagefrist des § 18 Abs. 6 SchwbG angehört, und wollte ihm nach Eintritt der Zustimmungsfiktion die Beklagte nochmals Gelegenheit geben, seine Meinung zu ändern, so bedurfte es dazu keinesfalls eines Zeitraums von sechs bzw. acht Arbeitstagen (von Dienstag, dem 7. Dezember 1976 bis Dienstag, dem 14. bzw. Donnerstag, dem 16. Dezember 1976), um das Kündigungsschreiben auszufertigen und dem Kläger zugehen zu lassen.

Wurde der Personalrat erst nachträglich eingeschaltet, so mußte der für die Kündigung zuständige Dienststellenleiter der Beschäftigungsdienststelle des Klägers den Personalrat noch am ersten Tag nach Ablauf der Zehntagefrist zur Stellungnahme auffordern. Die Anhörungsfrist von drei Arbeitstagen



- 17 -

(§ 79 Abs. 3 BPersVG) war dann gemäß § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 1 BGB am Freitag, dem 10. Dezember 1976, abgelaufen. Die Beklagte war nunmehr verpflichtet, für den Zugang der Kündigung an den Kläger am ersten Arbeitstag nach Ablauf der Anhörungsfrist - im Streitfall somit am Montag, dem 13. Dezember 1976, - zu sorgen. Wurde der Personalrat nicht am ersten Arbeitstag nach Eintritt der Zustimmungsfiktion eingeschaltet und verlängerte sich dadurch der Ablauf der Anhörungsfrist für die Personalvertretung entsprechend, so lag das Verschulden in der verspäteten Einleitung des Anhörungsverfahrens. Die für die Wahrung der Ausschußfrist des § 18 Abs. 6 SchwbG ebenso wie für die Wahrung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB (vgl. dazu BAG 24, 383 [393 ff.] = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu II 2 a der Gründe]) darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat jedoch keine weiteren Umstände vorgetragen, die den erst am 16. Dezember 1976 erfolgten Zugang des Kündigungsschreibens als unverschuldet erscheinen lassen könnten. Da sie auch nach Erörterung dieser Frage in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht vorsorglich eine Verletzung der Aufklärungspflicht durch das Landesarbeitsgericht gerügt hat, konnte ihr nicht ausreichen-der Vortrag vom Senat abschließend gewürdigt werden (§ 565 Abs. 3 ZPO).

gez.: Dr. Gehring Triebfürst Dr. Etzel

Thieß

Dr. Müller

