

Aktenzeichen: 2 AZR 395/07
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 11. Dezember 2008
- 2 AZR 395/07 -

I. Arbeitsgericht
Mainz Kammer Bad Kreuznach

Urteil vom 2. Dezember 2005
- 6 Ca 613/05 -

II. Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Teilurteil vom 2. November 2006
- 6 Sa 290/06 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Kündigung eines Schwerbehinderten - Verwirkung - Kenntnis des Arbeitgebers

Gesetze:

BGB § 613a; SGB IX §§ 85, 90 Abs. 2a

Leitsatz:

Im Falle des Betriebsübergangs nach § 613a BGB muss sich der Betriebsübernehmer die Kenntnis des Betriebsveräußerers von der Schwerbehinderteneigenschaft eines Arbeitnehmers zurechnen lassen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 395/07

6 Sa 290/06

Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
11. Dezember 2008

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. Dezember 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und Schmitz-Scholemann sowie den ehrenamtlichen Richter Beckerle und die ehrenamtliche Richterin Pitsch für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision der Beklagten gegen das Teilurteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 2. November 2006 - 6 Sa 290/06 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten im Revisionsverfahren über eine von der Beklagten auf betriebsbedingte Gründe gestützte ordentliche Kündigung und einen Auflösungsantrag der Beklagten.

1

Der Kläger ist anerkannter Schwerbehinderter mit einem Grad der Behinderung von 60. Er war seit 1989 bei einer Rechtsvorgängerin der Beklagten, der Firma S. angestellt. Das Arbeitsverhältnis ging gemäß § 613a BGB zum 1. Dezember 2000 auf die Firma D. über. Nach dem mit dieser am 21. Dezember 2000 geschlossenen schriftlichen Arbeitsvertrag hat der Kläger zusätzlich zum Jahresurlaub „entsprechend dem Schwerbehindertengesetz“ Anspruch auf weiteren Urlaub von fünf Tagen. Am 1. April 2002 fand ein weiterer Betriebsübergang statt, diesmal auf die Beklagte.

2

Der Kläger war in der Betriebsstätte B eingesetzt, zuletzt als einziger Arbeitnehmer. Nachdem die Beklagte beschlossen hatte, den Standort B zum 30. Juni 2005 zu schließen, kündigte sie das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 25. Februar 2005 zum 31. August 2005. Eine Zustimmung des Integrationsamtes hatte sie nicht eingeholt. Erneut hat die Beklagte - diesmal nach Einholung der Zustimmung des Integrationsamtes - am 29. Juni 2005 das Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt.

3

Der Kläger hat mit der am 18. März 2005 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage die Unwirksamkeit der Kündigungen geltend gemacht. Er hat betriebsbedingte Kündigungsgründe bestritten und im Laufe des ersten Rechtszugs zusätzlich geltend gemacht, die Kündigung vom 25. Februar 2005

4



sei wegen Verstoßes gegen das SGB IX unwirksam. Er habe die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die Firma D., über seine Anerkennung als schwerbehinderter Mensch unterrichtet. Die Beklagte müsse sich die Kenntnis ihrer Rechtsvorgängerin als eigenes Wissen zurechnen lassen, zumal im Arbeitsvertrag ausdrücklich der Zusatzurlaub für Schwerbehinderte aufgeführt sei. Er habe diesen Zusatzurlaub auch bei der Beklagten erhalten. Es komme deshalb nicht darauf an, dass er sich erst im Juli 2005 auf den Sonderkündigungsschutz berufen habe.

Der Kläger hat beantragt

5

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die schriftliche Kündigung der Beklagten vom 25. Februar 2005 noch durch die weitere schriftliche Kündigung vom 29. Juni 2005 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und ausgeführt: Sie habe keine Kenntnis von der Anerkennung des Klägers als Schwerbehinderter gehabt. Der Kläger könne sich auf den Sonderkündigungsschutz nicht berufen, da er ihn nicht innerhalb der Monatsfrist mitgeteilt habe. Die etwaige Kenntnis ihrer Rechtsvorgängerin müsse sie sich nicht zurechnen lassen. Außerdem müsse nach § 90 Abs. 2a SGB IX der Nachweis der Anerkennung „dem Arbeitgeber gegenüber“ geführt werden. Das sei nicht geschehen. Die Kündigung sei wegen Schließung der Außenstelle B aus betriebsbedingten Gründen gerechtfertigt.

6

Das Arbeitsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. Im Berufungsverfahren hat der Kläger zusätzlich und hilfsweise

7

Wiedereinstellung beantragt.

Die Beklagte hat auch insoweit Klageabweisung und zusätzlich und hilfsweise beantragt,

8

das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung, die 10.000,00 Euro nicht übersteigen sollte, aufzulösen.



Eine den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit sei nicht zu erwarten. Der Kläger habe die Beklagte als Lügnerin bezichtigt, indem er schriftsätzlich ausgeführt habe, die Darstellung der Beklagten sei „mehr als zweifelhaft, um es milde auszudrücken“. Außerdem habe er die Beklagte schriftsätzlich als „oberflächlich“ beleidigt.

9

Der Kläger hat Zurückweisung des Auflösungsantrags beantragt. Das Landesarbeitsgericht hat durch Teilurteil die Berufung, soweit es die Kündigung vom 25. Februar 2005 und den Auflösungsantrag der Beklagten betraf, zurückgewiesen. Mit der vom Bundesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag und ihren hilfsweise gestellten Auflösungsantrag weiter.

10

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

11

A. Das Landesarbeitsgericht hat die ordentliche Kündigung vom 25. Februar 2005 für unwirksam gehalten. Die Kündigung hätte der Zustimmung des Integrationsamtes bedurft. Die Beklagte müsse sich die Kenntnis ihrer Rechtsvorgängerin zurechnen lassen. Es sei Sache des Betriebsübernehmers, sich über die konkreten arbeitsvertraglichen Beziehungen der übernommenen Arbeitnehmer einen Überblick zu verschaffen. Das gelte hier umso mehr, als der schriftliche Anstellungsvertrag einen deutlichen Hinweis auf die Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers enthalten habe. Da die Schwerbehinderung als bekannt zu betrachten sei, spiele die einmonatige Mitteilungsfrist keine Rolle. Die von der Beklagten (zweitinstanzlich) beantragte Auflösung scheide angesichts der Unwirksamkeit der Kündigung aus anderen Gründen als der Sozialwidrigkeit aus.

12

B. Dem folgt der Senat.

13



- I. Die Kündigung ist nach § 85 Abs. 1 SGB IX iVm. § 134 BGB unwirksam. 14
1. Der Kläger hat fristgerecht gem. § 4 KSchG Klage erhoben. Zwar hat er die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 85 Abs. 1 SGB IX erst nach Ablauf der Frist des § 4 Satz 1 KSchG geltend gemacht. Das ist jedoch unschädlich, weil er es innerhalb des ersten Rechtszuges nachgeholt hat (§ 6 KSchG, vgl. zuletzt BAG 23. April 2008 - 2 AZR 699/06 - AP KSchG 1969 § 4 Nr. 65 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 84). 15
2. Der Kläger hat das Recht, die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 85 Abs. 1 SGB IX geltend zu machen, nicht verwirkt. 16
- a) Hat der schwerbehinderte Arbeitnehmer - wie hier - im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits einen Bescheid über seine Schwerbehinderteneigenschaft erhalten, so steht ihm der Sonderkündigungsschutz nach §§ 85 ff. SGB IX - abgesehen von den sich aus § 90 SGB IX ergebenden Ausnahmen - an sich auch dann zu, wenn der Arbeitgeber von der Schwerbehinderteneigenschaft oder der Antragstellung nichts wusste (vgl. BAG 12. Januar 2006 - 2 AZR 539/05 - AP SGB IX § 85 Nr. 3 = EzA SGB IX § 85 Nr. 5). Allerdings beurteilt der Senat die Verwirkung des Rechts des Arbeitnehmers, sich nachträglich auf eine Schwerbehinderung zu berufen und die Zustimmungsbedürftigkeit der Kündigung geltend zu machen, nach strengen Grundsätzen (19. April 1979 - 2 AZR 469/78 - AP SchwbG § 12 Nr. 5 = EzA SchwbG § 12 Nr. 6; 23. Februar 1978 - 2 AZR 462/76 - BAGE 30, 141; 17. September 1981 - 2 AZR 369/79 -). Danach muss der Arbeitnehmer, wenn er sich den Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX aF erhalten will, nach Zugang der Kündigung innerhalb einer angemessenen Frist, die drei Wochen beträgt (früher einen Monat, vgl. BAG 12. Januar 2006 - 2 AZR 539/05 - AP SGB IX § 85 Nr. 3 = EzA SGB IX § 85 Nr. 5; 13. Februar 2008 - 2 AZR 864/06 - AP SGB IX § 85 Nr. 5 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 83), gegenüber dem Arbeitgeber seine bereits festgestellte oder zur Feststellung beantragte Schwerbehinderteneigenschaft geltend machen. Unterlässt der Arbeitnehmer diese Mitteilung, so hat er den besonderen Kündigungsschutz verwirkt. Die Ver- 17



wirkung setzt jedoch voraus, dass der Arbeitgeber die Schwerbehinderung oder den Antrag nicht kennt und deshalb mit der Zustimmungspflichtigkeit der Kündigung nicht rechnen kann (*BAG 6. September 2007 - 2 AZR 324/06 - AP SGB IX § 90 Nr. 4 = EzA SGB IX § 90 Nr. 4*).

b) Im Streitfall hat der Kläger sein Recht, den Sonderkündigungsschutz geltend zu machen, deshalb nicht verwirkt, weil der Rechtsvorgängerin der Beklagten, die in das Arbeitsverhältnis nach § 613a Abs. 1 BGB eingetreten ist, die Schwerbehinderung bekannt war. Das muss die Beklagte als Betriebs-
erwerberin gegen sich gelten lassen. 18

aa) Dass der Rechtsvorgängerin der Beklagten die Schwerbehinderung bekannt war, ist vom Landesarbeitsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt worden. Zulässige und begründete Verfahrensrügen sind von der Revision insoweit nicht erhoben worden, so dass der Senat an die Feststellung des Berufungsgerichts gebunden ist (§ 559 Abs. 2 ZPO). Die von der Beklagten erwogene Mutmaßung, ihre Rechtsvorgängerin habe von der Schwerbehinderung des Klägers nichts gewusst und den Zusatzurlaub „entsprechend dem Schwerbehindertengesetz“ aus Generosität vereinbart, erscheint lebensfremd. Das mag aber ebenso auf sich beruhen wie der Umstand, dass zwischen der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin ohnehin eine personelle Kontinuität im Bereich der Personalleitung bestanden zu haben scheint, die den Informationstransfer möglicherweise hätte erleichtern können. 19

bb) Nach § 613a Abs. 1 BGB geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Betriebserwerber über. Dem Arbeitnehmer sollen die Rechte erhalten bleiben, die ihm gegenüber dem Betriebsveräußerer zustanden. Das gilt gerade auch für bestehenden Sonderkündigungsschutz. Denn § 613a BGB will verhindern, dass der Übernehmer bei der Übernahme der Belegschaft eine Auslese trifft; er soll sich insbesondere nicht von den besonders schutzbedürftigen älteren, schwerbehinderten, unkündbaren oder sonst sozial schwächeren Arbeitnehmern trennen können (*BAG 26. Mai 1983 - 2 AZR 477/81 - BAGE 43, 13*). 20



cc) Auch dem Arbeitgeber sollen die Rechte aus dem Arbeitsvertrag erhalten bleiben. Dazu gehört das Kündigungsrecht. Allerdings sollen keiner der Vertragsparteien zusätzliche Rechte durch den Betriebsübergang erwachsen. Das gilt, wie aus § 613a Abs. 4 BGB ersichtlich, gerade auch für das Kündigungsrecht. Ist das Kündigungsrecht, wie im Fall des § 85 SGB IX, durch ein Verbot (mit Erlaubnisvorbehalt) eingeschränkt, so kann es auch nur mit dieser Einschränkung übergehen. Müsste der Arbeitnehmer eine von ihm bereits erfüllte Obliegenheit erneut erfüllen, um den Sonderkündigungsschutz nicht aus Anlass des Betriebsübergangs zu verlieren, so brächte der Betriebsübergang für ihn einen kündigungsrechtlichen Nachteil.

21

dd) In gleicher Weise hat der Senat für den Fall der Einhaltung von Ausschlussfristen entschieden. Die rechtzeitige Geltendmachung von Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis gegenüber dem Betriebsveräußerer reicht danach zur Wahrung der Ausschlussfrist auch gegenüber dem Betriebserwerber (*BAG 21. März 1991 - 2 AZR 577/90 - AP BGB § 615 Nr. 49 = EzA BGB § 615 Nr. 68*). Andererseits beginnt die Ausschlussfrist - insoweit zu Lasten des Arbeitnehmers - nicht neu ab dem Betriebsübergang (*BAG 13. Februar 2003 - 8 AZR 236/02 - AP BGB § 613a Nr. 244 = EzA TVG § Ausschlussfristen Nr. 162*). Dies ist ein Ausfluss des Grundsatzes, dass Rechte und Pflichten gerade so weiterbestehen sollen, als hätte es den Betriebsübergang nicht gegeben. Der vollständige Eintritt des Betriebsübernehmers in die Rechte und Pflichten des bisherigen Arbeitgebers bedeutet nicht nur eine Nachfolge in rechtlichen Beziehungen, der Übernehmer muss sich auch Gegebenheiten zurechnen lassen, die als Tatbestandsmerkmale für spätere Rechtsfolgen von Bedeutung sind. Das gilt zB für ein Angebot, das der Arbeitnehmer gegenüber seinem früheren Arbeitgeber zur Begründung von Annahmeverzug gemacht hat (*vgl. Senat 9. Juli 1987 - 2 AZR 467/86 - zu II 2 der Gründe und 8. April 1988 - 2 AZR 681/87 - zu II 3 der Gründe*). Dies entspricht dem Zweck des § 613a BGB (*vgl. auch: Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 1998/50 EG*). Der Arbeitnehmer soll nicht eines Zahlungsanspruchs nur deshalb verlustig gehen, weil der Betrieb übergeht, obwohl er vorher alle Voraussetzungen für einen Anspruch gegen den früheren Inhaber des Betriebes geschaffen hatte. Aus diesem Grund ist

22

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



§ 425 Abs. 2 BGB nicht anwendbar, sofern dort auf den Verzug verwiesen wird, denn aus dem besonderen Übernahmeschuldverhältnis iSd. § 613a BGB ergibt sich „etwas anderes“ iSv. § 425 Abs. 1 BGB (BAG 21. März 1991 - 2 AZR 577/90 - AP BGB § 615 Nr. 49 = EzA BGB § 615 Nr. 68).

ee) Dementsprechend wird in der Literatur - soweit sie sich mit der Frage befasst - durchweg die Auffassung vertreten, dass der Betriebserwerber sich die Kenntnis des bisherigen Betriebsinhabers von Umständen, die einen Sonderkündigungsschutz begründen, zurechnen lassen muss (vgl. HaKo/Mestwerdt 3. Aufl. § 613a BGB Rn. 63; KDZ/Zwanziger 7. Aufl. § 613a BGB Rn. 92; ebenso für § 626 Abs. 2 BGB: ErfK/Preis 8. Aufl. § 613a BGB Rn. 79; APS/Steffan 3. Aufl. § 613a BGB Rn. 99). 23

ff) Dem steht die Entscheidung des Achten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 15. Februar 2007 (- 8 AZR 397/06 - BAGE 121, 273) nicht entgegen. In dem Urteil ist festgehalten, dass der Kündigungsschutz nach dem KSchG nicht übertragen wird, wenn zwar der alte, nicht aber der neue Betriebsinhaber die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 KSchG erfüllt. Dieser Fall ist aber mit dem hier gegebenen nicht vergleichbar. Es geht hier nicht um die betrieblichen Voraussetzungen des Kündigungsschutzes, sondern um persönliche Gegebenheiten, die im vorliegenden Fall auch nicht - wie die des Kündigungsschutzes in dem vom Achten Senat entschiedenen Fall - weggefallen sind. Sie bestehen vielmehr weiter. 24

c) Die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung war auch nicht nach § 90 Abs. 2a SGB IX entbehrlich. Die Auffassung der Beklagten, die Schwerbehinderung müsse nach § 90 Abs. 2a SGB IX gegenüber dem Arbeitgeber nachgewiesen werden, teilt der Senat nicht. 25

aa) Nach einer gelegentlich vertretenen Auffassung soll aus § 90 Abs. 2a SGB IX folgen, dem Arbeitgeber müsse der Bescheid über die Schwerbehinderung vorgelegt werden, damit der Sonderkündigungsschutz erhalten bleibe (Bauer/Powietzka NZA-RR 2004, 505, 507; Cramer NZA 2004, 698, 704; Böhm ArbRB 2004, 377). 26



bb) Nach der Gegenauffassung genügt die objektive Existenz eines geeigneten Bescheides, der die Schwerbehinderung - bzw. die Gleichstellung - nachweist (*Etzel FS zum 25-jährigen Bestehen der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV 241, 248 f.; Griebeling NZA 2005, 494, 496 f.; Düwell BB 2004, 2811, 2812; Westers br 2004, 93, 95; Grimm/Brock/Windeln DB 2005, 282, 285; Westers br 2004, 93, 96; Rolfs/Barg BB 2005, 1678, 1679; Schlewing NZA 2005, 1218, 1219; Staffhorst AuA 1/2005, 35; Bernhardt/Barthel AuA 8/2004, 20, 23; Striegel FA 2005, 12, 13; Schulze AuR 2005, 252, 254*).

27

cc) Für die zuletzt genannte Auffassung sprechen die besseren Gründe (so schon BAG 1. März 2007 - 2 AZR 217/06 - BAGE 121, 335). Der Wortlaut des Gesetzes zwingt nicht zu der gegenteiligen Auffassung. Das Gesetz sagt nicht, wem gegenüber der Nachweis erfolgen muss, und es spricht auch nicht von der Pflicht zur Vorlage eines Bescheides. Sinn der Einführung des § 90 Abs. 2a SGB IX war die Abstellung von Missbräuchen, die sich nach Auffassung des Gesetzgebers eingebürgert hatten, indem kurz vor dem Ausspruch von Kündigungen von vornherein aussichtslose Anträge auf Anerkennung als schwerbehinderter Mensch gestellt wurden, um das Risiko des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess oder in dessen Vorfeld - scheinbar - zu erhöhen. Die Abstellung dieses Missbrauchs setzt aber nicht voraus, Schwerbehinderten, deren Anerkennung seit Langem feststeht und nicht in Zweifel gezogen wird, eine zusätzliche verfahrensmäßige Hürde in den Weg zu stellen. Dies vor allem dann nicht, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehinderung kennt - oder sich die Kenntnis zurechnen lassen muss - und auch nicht bestreitet. Der Arbeitgeber, der die Schwerbehinderung nicht kennt, ist ausreichend durch die vom Senat entwickelten Grundsätze zur Verwirkung geschützt. Der Arbeitgeber, der die ihm vom Arbeitnehmer mitgeteilte Schwerbehinderung bezweifelt, kann die Anerkennung bestreiten und sich auf diese Weise Klarheit verschaffen. Seine Belange sind in jedem Fall geschützt.

28

II. Der Auflösungsantrag der Beklagten muss erfolglos bleiben. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats kann der Arbeitgeber, wenn eine Kündigung aus anderen Gründen als der Sozialwidrigkeit unwirksam ist, die

29



Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch das Gericht nach §§ 9, 10 KSchG nicht erreichen (*vgl. zuletzt 28. August 2008 - 2 AZR 63/07 -*).

III. Die Kosten der Revision fallen der Beklagten nach § 97 Abs. 1 ZPO zur Last. 30

Rost

Eylert

Schmitz-Scholemann

Beckerle

Pitsch

