

Für das Nachschlagewerk !	Ja
Für die Fachpresse !	Ja
Für die Amtliche Sammlung !	Ja

Gesetz: SchwbG (Schwerbehindertengesetz vom 29. April 1974, BGBl. I S. 1006) § 12, §§ 1, 2, 3, 13, 15, 18, 19; SchwBeschG (Schwerbeschädigtengesetz i. d. F. vom 14. August 1961, BGBl. I S. 1234) §§ 1, 14, 19; KSchG 1969 §§ 1, 2, 4, 5, 13; BGB §§ 134, 194, 478, 626; MuSchG § 9; BetrVG 1972 § 102

Leitsätze:

Die besonderen Kündigungsschutzvorschriften für Schwerbehinderte nach dem seit 1. Mai 1974 geltenden Recht (§§ 12 ff. SchwbG) regeln nicht, zumindest nicht ausdrücklich, die Fälle, in denen die gesundheitlichen Voraussetzungen der Schwerbehinderteneigenschaft im Sinne des § 1 SchwbG im Zeitpunkt der Kündigung zwar erfüllt sind, die Schwerbehinderteneigenschaft aber dem Arbeitgeber nicht bekannt ist. Für diese Fälle gelten folgende Regeln:

1. Der Arbeitgeber bedarf zur Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer dann nicht der vorherigen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle nach § 12 SchwbG, wenn bis zur Kündigung der Arbeitnehmer weder einen Bescheid im Sinne des § 3 SchwbG über seine Schwerbehinderteneigenschaft erhalten noch wenigstens einen entsprechenden Antrag beim Versorgungsamt gestellt hatte. (Bestätigung der Urteile vom 17. Februar 1977 - 2 AZR 687/75 - AP Nr. 1 zu § 12 SchwbG, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt, und vom 20. Oktober 1977 - 2 AZR 770/76 - zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk bestimmt.)
2. Sind jedoch diese Voraussetzungen (Bescheid über die Schwerbehinderteneigenschaft oder Antrag beim Versorgungsamt) im Zeitpunkt der Kündigung erfüllt, dann steht dem Schwerbehinderten der volle Sonderkündigungsschutz im Grundsatz auch dann zu, wenn der Arbeitgeber von der Schwerbehinderteneigenschaft oder der Antragstellung nichts wußte. Die ohne vorherige Zustimmung der Hauptfürsorgestelle erklärte Kündigung ist dann nach Maßgabe der §§ 12 ff. SchwbG in Verbindung mit § 134 BGB unwirksam. Will der Arbeitgeber wirksam kündigen, muß er zu einer künftigen Kündigung zunächst die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle einholen.
3. Hat der Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung keine Kenntnis davon, daß der Arbeitnehmer vor der Kündigung die Feststellung seiner Schwerbehinderteneigenschaft

- 2 -

beantragt hatte oder diese Feststellung bereits getroffen war, dann ist der Arbeitnehmer allerdings gehalten, nach Zugang der Kündigung innerhalb einer angemessenen Frist, die im Falle der ordentlichen Kündigung regelmäßig mit einem Monat anzunehmen ist, gegenüber dem Arbeitgeber seine bereits festgestellte oder zur Feststellung beantragte Schwerbehinderteneigenschaft geltend zu machen, wenn er sich den Sonderkündigungsschutz erhalten will. Unterläßt er dies, dann ist diese Kündigung jedenfalls nicht deshalb unwirksam, weil es an der vorherigen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle fehlt.

4. In den Fällen, in denen das Zustimmungsverfahren bei der Hauptfürsorgestelle nicht durchzuführen ist (oben Leitsätze 1 und 3), ist die im Zeitpunkt der Kündigung bestehende Schwerbehinderteneigenschaft nicht unbeachtlich, sondern im Kündigungsschutzprozeß bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit einer ordentlichen Kündigung oder des wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung besonders zu berücksichtigen. (Fortsetzung der in Leitsatz 1 genannten Rechtsprechung.)

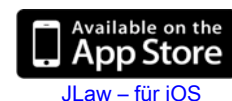
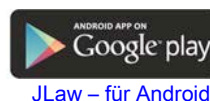
Aktenzeichen: 2 AZR 462/76

Urteil des BAG vom 23. Februar 1978

LAG Baden-Württemberg



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



2 AZR 462/76

5 Sa 22/76 Baden-Württemberg

Verkündet am
23. Februar 1978

gez. 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 aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. Februar 1978 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Hillebrecht und Roeper sowie die ehrenamtlichen Richter Thieß und Meyer-Estorf für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 21. Mai 1976 - 5 Sa 22/76 - wird zurückgewiesen.
Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Der im August 1923 geborene Kläger war seit Dezember 1950 als Former bei der Beklagten beschäftigt. Nachdem er seit Mai 1974 ununterbrochen arbeitsunfähig krank gewesen war, teilte er der Beklagten im Herbst 1974 mit, daß er nach einem ärztlichen Bescheid die schwere Tätigkeit als Former in der Eisengießerei der Beklagten nicht mehr ausüben dürfe. Am 10. Dezember 1974 beantragte der Kläger beim Versorgungsamt, seine Schwerbehinderteneigenschaft festzustellen. Mit Schreiben vom 20. Dezember 1974, das dem Kläger am 30. Dezember 1974 zugegangen ist, hat die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 28. Februar 1975 gekündigt.

Der Kläger hat am 10. Januar 1975 Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch diese Kündigung nicht beendet worden sei, sondern fortbestehe. Er hat sich in der Klagebegründung zunächst nur darauf berufen, die Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt, weil er von der Beklagten auf einem anderen Arbeitsplatz mit leichteren Arbeiten habe weiterbeschäftigt werden können. Wie zwischen den Parteien unstreitig geworden ist, hat der frühere Prozeßbevollmächtigte des Klägers in der Güteverhandlung vor dem Arbeitsgericht am 28. Januar 1975 geltend gemacht, daß der Kläger schwerbehindert sei und ein entsprechendes Feststellungsverfahren eingeleitet habe. Das Versorgungsamt hat durch Bescheid vom 17. März 1975 festgestellt, daß der Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit des Klägers 90 v.H. beträgt und er somit Schwerbehinderter im Sinne des § 1 SchwbG ist. Das teilte der Kläger der Beklagten durch Schriftsatz vom 7. August 1975 mit. In einer vom Arbeitsgericht eingeholten Auskunft bestätigte das Versorgungsamt, daß der Kläger aufgrund der vorliegenden Befundberichte bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung am 10. Dezember 1974 Schwerbehinderter gewesen ist.



- 3 -

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, der Kläger handele rechtsmißbräuchlich, wenn er sich auf den besonderen Schwerbehindertenschutz berufe. Er sei verpflichtet gewesen, sie spätestens bei Ausspruch der Kündigung auf Anzeichen für eine Schwerbehinderung hinzuweisen. Der Schwerbehindertenschutz versage zudem nicht nur dann, wenn der Arbeitnehmer dauernd und völlig arbeitsunfähig sei, sondern auch dann, wenn feststehe, daß der schwerbehinderte Arbeitnehmer nicht eine einzige im Betrieb seines Arbeitgebers vorkommende Tätigkeit ausüben könne. In ihrem spezialisierten Kleinbetrieb (32 Arbeitnehmer) fielen nur schwere Gießereiarbeiten an, die der Kläger wegen seines Gesundheitszustandes nicht mehr verrichten könne.

Während des Verfahrens vor dem Arbeitsgericht hat die Beklagte vorsorglich die Zustimmung zu einer neuen Kündigung des Klägers beantragt, die ihr durch Bescheid der Hauptfürsorgestelle vom 29. Dezember 1975 erteilt worden ist. Die Beklagte hat daraufhin mit Schreiben vom 30. Dezember 1975 zum 29. Februar 1976 gekündigt. Diese Kündigung ist vom Kläger nicht angegriffen worden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die dagegen eingelegte Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter, während der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet, weil das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat, daß die Kündigung der Beklagten wegen fehlender vorheriger Zustimmung durch die Hauptfürsorgestelle nach § 12 SchwbG in Verbindung mit § 134 BGB unwirksam ist.

- 4 -



- 4 -

A. Das Landesarbeitsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung u.a. ausgeführt, der Kläger sei bereits im Zeitpunkt der Kündigung um mehr als 50 v.H. in seiner Erwerbsfähigkeit gemindert gewesen. Der Kündigungsschutz des § 12 SchwbG wirke selbst dann, wenn der Arbeitnehmer erst nach der Kündigung einen Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft stelle, sofern sich die spätere Feststellung auf einen Zeitpunkt vor der Kündigung beziehe. Der besondere Kündigungsschutz setze auch keine Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers voraus.

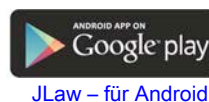
Die Berufung des Klägers auf § 12 SchwbG sei nicht rechtsmißbräuchlich. Das Schwerbehindertengesetz begründe für den Personenkreis der §§ 1 und 2 SchwbG keine Offenbarungspflicht, deren Verletzung zum Verlust des besonderen Kündigungsschutzes führe. Der Kläger habe zudem im Zeitpunkt der Kündigung noch keine sichere Kenntnis von der erst später festgestellten Schwerbehinderteneigenschaft gehabt. Der Schutz des § 12 SchwbG sei auch nicht deswegen rückwirkend entfallen, weil der Kläger die Beklagte nicht unverzüglich von dem Bescheid des Versorgungsamtes unterrichtet habe. Der Schutz versage auch nicht deshalb, weil der Kläger besonders stark, nämlich zu 90 v.H., in seiner Erwerbsfähigkeit gemindert sei; im Zeitpunkt der Kündigung sei er jedenfalls nicht auf Dauer arbeitsunfähig oder voll erwerbsunfähig gewesen. Die von der Beklagten behauptete Unmöglichkeit, den Kläger wegen seines Gesundheitszustandes in ihrem Betrieb weiterzubeschäftigen, sei einer vollen Erwerbsunfähigkeit, die möglicherweise den Kündigungsschutz des § 12 SchwbG ausschließe, nicht gleichzustellen.

B. Der angefochtenen Entscheidung ist jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen. Dem Kläger steht der besondere Kündigungsschutz des § 12 SchwbG zu. Im einzelnen gilt folgendes:

- 5 -



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



I. Der Senat hat sich bereits früher mit dem Anwendungsbereich des § 12 SchwbG befaßt. Die bisherigen Entscheidungen betrafen Fälle, in denen über den besonderen Kündigungsschutz von solchen Schwerbehinderten zu befinden war, deren Schwerbehinderteneigenschaft im Zeitpunkt der Kündigung nicht gemäß § 3 SchwbG festgestellt war oder die bis zur Kündigung auch keinen Antrag auf Erteilung eines entsprechenden Bescheides gestellt hatten. Diesen Schwerbehinderten kommt der besondere Kündigungsschutz grundsätzlich nicht zugute (vgl. BAG vom 17. Februar 1977, AP Nr. 1 zu § 12 SchwbG, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt, sowie das zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk des Gerichts bestimmte Urteil des Senates vom 20. Oktober 1977 - 2 AZR 770/76 -). Demgegenüber geht es im Streitfall darum, ob § 12 SchwbG dann anwendbar ist, wenn der Arbeitnehmer zwar vor der Kündigung das Feststellungsverfahren nach § 3 SchwbG eingeleitet hat, die Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft aber erst später erfolgt ist und der Arbeitnehmer sich weder vor noch alsbald nach der Kündigung auf seine dem Arbeitgeber bisher unbekannte Schwerbehinderteneigenschaft berufen hat. Aus den Begründungen der beiden genannten Vorentscheidungen des Senates ergeben sich bereits Hinweise und Ansätze dafür, wie der vorliegende Sachverhalt zu beurteilen ist. Das gilt insbesondere für folgende Grundsätze, die zur Vermeidung abweichender Auslegungen zusammengefaßt und verdeutlicht werden:

1. Die Neuregelung des Schwerbehindertengesetzes vom 29. April 1974 hat gegenüber dem Schwerbeschädigtengesetz in der Fassung vom 14. August 1961 (SchwBeschG) den Kündigungsschutz von Arbeitnehmern, die in ihrer Erwerbsfähigkeit gemindert sind, erheblich verbessert. Schwerbehinderte im Sinne des § 1 SchwbG sind alle Personen, die infolge einer gesundheitlichen Behinderung gleich welcher Art mindestens 50 v.H. in ihrer Erwerbsfähigkeit gemindert sind. Die Schwerbehinderteneigenschaft besteht kraft Gesetzes, wenn die Voraussetzungen des

§ 1 SchwbG erfüllt sind; sie wird nicht erst durch einen in § 3 SchwbG bezeichneten Bescheid des Versorgungsamtes oder den einer anderen zuständigen Dienststelle erworben.

Sie kann demgemäß schon zu einem Zeitpunkt gegeben sein, der vor der Einleitung des Feststellungsverfahrens nach § 3 SchwbG liegt. Auch ist der besondere Kündigungsschutz der §§ 12 ff. SchwbG nicht an die Vorlage eines Schwerbehindertenausweises gemäß § 3 Abs. 5 SchwbG (in der Fassung vom 14. Juni 1976, BGBl. I S. 1481) gebunden.

2. Auch wenn der Bescheid im Sinne des § 3 SchwbG nicht rechtsbegründend (konstitutiv), sondern lediglich klarstellend (deklaratorisch) wirkt, so kommt doch dem Verfahren des Versorgungsamtes zur Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft (§ 3 SchwbG), das wesentlich umgestaltet worden ist, in diesem Bereich eine besondere Bedeutung zu. Aus dem systematischen Zusammenhang der §§ 12 ff. SchwbG und des § 3 SchwbG wird deutlich, daß die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers grundsätzlich vorab in einem gerichtlich überprüfbaren behördlichen Vorverfahren festgestellt werden soll, das nur auf Antrag des Arbeitnehmers eingeleitet werden kann.

3. Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen dem Schwerbeschädigten- und dem Schwerbehindertengesetz besteht darin, daß nach den §§ 12 ff. SchwbG jede Kündigung eines Schwerbehinderten der vorherigen Zustimmung durch die Hauptfürsorgestelle bedarf. Eine nachträgliche Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen ordentlichen Kündigung ist nicht mehr zugelassen. Außerdem ist für außerordentliche Kündigungen nicht nur wie nach dem früheren Recht (vgl. § 19 Abs. 3 SchwBeschG) in bestimmten Fällen, sondern ausnahmslos die vorherige Zustimmung erforderlich (§ 18 SchwbG).

4. Wegen dieser Besonderheiten des Schwerbehindertengesetzes gegenüber dem Schwerbeschädigtengesetz kann die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Schwerbeschädigtengesetz, die allein darauf abgestellt hatte, ob der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Kündigung die gesetzlichen Voraus-



setzungen eines Schwerbeschädigten erfüllte, nicht mehr un-
besehen, sondern nur mit gewissen Einschränkungen angewandt
werden, die durch die neue Rechtslage bedingt sind.

a) Das Schwerbehindertengesetz enthält für die Fälle, in
denen der Arbeitnehmer es vor einer Kündigung unterlassen hat
durch Einleitung des behördlichen Feststellungsverfahrens die
Verwirklichung des besonderen Kündigungsschutzes vorzuberei-
ten, eine Regelungslücke. Diese hat der Senat in den beiden
genannten Entscheidungen so ausgefüllt, daß eine Arbeitgeber-
kündigung dann nicht der vorherigen Zustimmung der Hauptfür-
sorgestelle bedarf, wenn der Arbeitnehmer zuvor weder einen
Bescheid über seine Schwerbehinderteneigenschaft erhalten
noch wenigstens einen entsprechenden Antrag nach § 3 SchwbG
gestellt hatte. Solange der Arbeitnehmer nichts unternommen
hat, um seine Rechtsstellung in dem dafür vorgesehenen be-
sonderen Vorverfahren zu klären, hat der Arbeitgeber - sofern
die Schwerbehinderteneigenschaft nicht offenkundig ist (vgl.
dazu Urteil des Senats vom 20. Oktober 1977 - 2 AZR 688/76
zum Abdruck im Nachschlagewerk des Gerichts bestimmt [zu
II 3 der Gründe]) - weder einen Anlaß noch die Möglichkeit,
die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zu einer beabsichtig-
ten Kündigung zu beantragen. Das Zustimmungsverfahren ist
dann für den Arbeitgeber aus verfahrensrechtlichen Gründen
undurchführbar.

b) Neben diesem Verfahrenshindernis spricht gegen die An-
wendung der §§ 12 ff. SchwbG vor Einleitung eines Fest-
stellungsverfahrens, daß es weder im Arbeitsrecht allgemein
noch im Schwerbehindertenrecht im besonderen einen Grundsatz
gibt, nach dem der allgemeine oder der besondere Kündigungs-
schutz zeitlich unbegrenzt und unabhängig davon, ob der
Schutztatbestand bekannt ist, stets die Kündigung durch den
Arbeitgeber ausschließt.

c) Wenn aufgrund eines vom Arbeitnehmer nach der Kündigung
gestellten Antrages das Versorgungsamt die Schwerbehinderten-

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



eigenschaft später mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Kündigung feststellt, greift demnach zwar der besondere Kündigungsschutz der §§ 12 ff. SchwbG nicht ein. Die Schwerbehinderteneigenschaft ist dann aber im Kündigungsschutzprozeß bei der Prüfung, ob eine ordentliche Kündigung sozial gerechtfertigt ist (§§ 1, 2 KSchG) oder ob für eine außerordentliche Kündigung ein wichtiger Grund vorliegt (§ 626 BGB), besonders zu berücksichtigen. Dadurch wird eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Schwerbehinderten in aller Regel vermieden.

II. Aus diesen bislang für die Auslegung der §§ 12 ff. SchwbG aufgestellten Grundsätzen folgt bereits unmittelbar, daß eine durch Verfahrensvorschriften bedingte Regelungslücke dann nicht vorliegt, wenn der Schwerbehinderte zwar bereits vor der Kündigung das Verfahren nach § 3 SchwbG eingeleitet hat, die Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft aber erst später erfolgt.

1. Bis zur Entscheidung des Versorgungsamtes kann allerdings ein längerer Zeitraum verstreichen, in dem es in der Schwebe bleibt, ob die Kündigung der Zustimmung bedarf oder nicht. Die dadurch mögliche Verzögerung des Verfahrens der Hauptfürsorgestelle führt auch zu einem Hinausschieben des Endes der Kündigungsfrist, wenn die Zustimmung erst nach der Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft erteilt wird (vgl. auch § 13 SchwbG). Es kann sich deshalb für den Arbeitgeber nachteilig auswirken, wenn vor der Kündigung die Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft zwar beantragt, aber darüber durch das Versorgungsamt noch nicht entschieden worden ist.

Auf diese für den Arbeitgeber ungünstige Rechtsfolge hat der Senat bereits in dem Urteil vom 17. Februar 1977 (aaO, zu B II 1 b der Gründe) hingewiesen. Diese Erwägung ist aber nicht so zu verstehen, daß der besondere Kündigungsschutz auch dann nicht eingreift, wenn das Zustimmungsverfahren wegen der noch ausstehenden Feststellung der Schwer-

behinderteneigenschaft nicht zügig durchgeführt werden kann. Der Senat hat vielmehr die Fälle, in denen vor der Kündigung jedenfalls schon ein Antrag nach § 3 SchwbG gestellt war, denen gleichgestellt, in denen die Schwerbehinderteneigenschaft bereits festgestellt worden war. Der entscheidende Grund dafür, diese beiden Fallgruppen nicht unterschiedlich zu behandeln, besteht darin, daß der Arbeitgeber bereits durch die Einleitung des Feststellungsverfahrens objektiv in die Lage versetzt wird, die Zustimmung zur Kündigung zu beantragen.

2. Nach der Einleitung des Feststellungsverfahrens ist das Zustimmungsverfahren für den Arbeitgeber nicht völlig undurchführbar; vielmehr wird nur die Abwicklung des Zustimmungsverfahrens verzögert. Das verdeutlichen folgende denkbare Fallgestaltungen:

a) Ein Arbeitgeber, dem vor der Kündigung bekannt ist, daß der Arbeitnehmer einen noch nicht beschiedenen Feststellungsantrag nach § 3 SchwbG gestellt hat, kann und muß die Zustimmung zu der beabsichtigten Kündigung nach den §§ 12 ff. SchwbG beantragen. Die Hauptfürsorgestelle, die sich nicht mit einem sog. Negativattest begnügt (vgl. dazu das Urteil vom 17. Februar 1977, aaO, zu B II 2 b der Gründe), kann dann zwar nicht sofort entscheiden, aber ihre Entscheidung doch bereits vorbereiten. Sie wird sich durch Rückfrage über den Stand des Feststellungsverfahrens unterrichten und ihr Verfahren zumindest dann, wenn es um die Zustimmung zu einer ordentlichen Kündigung geht, bis zur Entscheidung des Versorgungsamtes aussetzen (vgl. Rewolle, DB 1977, 1700 [1701]). Das ist zweckmäßig und möglich, weil die sachlich gebotene Überschreitung der Frist von einem Monat zur Entscheidung über die Zustimmung zu einer ordentlichen Kündigung (vgl. die Soll-Vorschrift des § 15 Abs. 1 SchwbG) ohne Rechtsfolgen bleibt (vgl. Wilrodt-Neumann, SchwbG, 4. Aufl., § 15 Anm. 3 mit weiteren Nachweisen).

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

- 10 -

Auch bei einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung ist der Arbeitgeber nicht gehindert, das Zustimmungsverfahren einzuleiten. Zweifelhaft kann nur sein, mit welcher Maßgabe die Bestimmung des § 18 Abs. 3 SchwbG anzuwenden ist, nach der die Hauptfürsorgestelle binnen zehn Tagen entscheiden muß, andernfalls die Zustimmung als erteilt gilt. Wenn die Hauptfürsorgestelle wegen der noch fehlenden Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist über den Zustimmungsantrag entscheiden kann, sind zwei Auslegungen des § 18 Abs. 3 SchwbG denkbar:

Der Wortlaut der Vorschrift und ihr Zweck, möglichst bald zu klären, ob die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung vorliegen, sprechen dafür, daß die Hauptfürsorgestelle innerhalb von zehn Tagen nur eine endgültige und keine vorläufige Entscheidung (Aussetzung des Verfahrens) treffen kann. Im Schrifttum wird deshalb überwiegend angenommen, die Zustimmungsfiktion greife unabhängig davon ein, aus welchen Gründen die Hauptfürsorgestelle nicht fristgerecht über den Antrag auf Zustimmung entscheide (vgl. Gröninger, SchwbG, § 18 Anm. 4 b; Wilrodt-Neumann, aaO, § 18 Anm. 19).

Zu erwägen mag allerdings auch sein, ob § 18 Abs. 3 SchwbG nur auf den Regelfall abstellt, daß die Schwerbehinderteneigenschaft bereits festgestellt worden ist. Bei der Annahme einer Regelungslücke wäre es möglich, den Beginn der Frist für die Entscheidung durch die Hauptfürsorgestelle hinauszuschieben, bis das Feststellungsverfahren nach § 3 SchwbG abgeschlossen ist.

Da bei beiden möglichen Auslegungen des § 18 Abs. 3 SchwbG das Zustimmungsverfahren durchgeführt werden kann, sofern das Feststellungsverfahren eingeleitet worden ist, braucht nicht abschließend geklärt zu werden, wie die Hauptfürsorgestelle in diesen Fällen zu verfahren hat.

- 11 -



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



b) Ein objektives Verfahrenshindernis steht dem Zustimmungungsverfahren auch dann nicht entgegen, wenn dem Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung noch unbekannt ist, daß der Arbeitnehmer bereits die Feststellung seiner Schwerbehinderteneigenschaft beantragt hat. Der Arbeitgeber hat allerdings erst dann einen Anlaß, die Zustimmung zu einer Kündigung zu beantragen, wenn der Arbeitnehmer nachträglich unter Hinweis auf das bereits eingeleitete Feststellungsverfahren seinen besonderen Kündigungsschutz geltend macht. Solange das nicht geschehen ist, wird der Arbeitgeber keinen Zustimmungsantrag stellen, weil er von der Schwerbehinderteneigenschaft nichts weiß.

Dieser Umstand rechtfertigt es jedoch in der Regel nicht dem Schwerbehinderten auch in diesen Fällen den besonderen Kündigungsschutz zu versagen. Eine auf unzulängliche Verfahrensvorschriften zurückzuführende Regelungslücke liegt dann nicht vor, weil der Arbeitnehmer jedenfalls rechtzeitig das Feststellungsverfahren eingeleitet und damit die Geltendmachung des besonderen Kündigungsschutzes vorbereitet hat. Wenn der Arbeitgeber nach der Kündigung davon erfährt, daß der Arbeitnehmer bereits vorher die Feststellung seiner Schwerbehinderteneigenschaft beantragt hatte, reicht die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Schwerbehindertengesetzes aus, nunmehr die Zustimmung zu beantragen, die sich allerdings nicht mehr auf die bereits ausgesprochene Kündigung beziehen kann. Bei einer erforderlichen erneuten ordentlichen Kündigung ist das Verfahren bei der Hauptfürsorgestelle so abzuwickeln wie bei einer vor der beabsichtigten Kündigung beantragten Zustimmung (s. vorher zu B II 2 a).

Keine unlösbaren Schwierigkeiten ergeben sich dann, wenn der Arbeitgeber sein Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grunde durchsetzen will. Nach § 18 Abs. 2 SchwbG kann die Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung zwar nur binnen zwei Wochen nach Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen beantragt werden. Zu



diesen Tatsachen gehört bei einer an dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers ausgerichteten Auslegung aber auch die Kenntnis von einem anhängigen Feststellungsverfahren ebenso wie die Mitteilung einer bereits festgestellten Schwerbehinderteneigenschaft (vgl. Etzel, BlStSozArbR 1977, 161 [163]).

3. Aus diesen Gründen wäre es nicht vertretbar, die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Schwerbehindertenschutzes erst dann als erfüllt anzusehen, wenn die Schwerbehinderteneigenschaft behördlich anerkannt worden ist; damit würde nämlich dem Feststellungsbescheid im Ergebnis konstitutive Wirkung zuerkannt. Das ist aber nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen, weil er sonst das Feststellungsverfahren gemäß § 3 SchwbG ebenso geregelt hätte wie das Gleichstellungsverfahren gemäß § 2 SchwbG. Die Gleichstellung ist nach ihrer rechtlichen Ausgestaltung ein konstitutiver Verwaltungsakt, der den Schwerbehindertenschutz erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung des Arbeitsamtes an den Arbeitnehmer begründet (vgl. Wilrodt-Neumann, aaO, § 2 Anm. 38, und BAG AP Nr. 6 zu § 2 SchwbBeschG). Das Risiko, das nach der Einleitung des Feststellungsverfahrens durch den Arbeitnehmer in der Ungewißheit liegt, ob der besondere Kündigungsschutz eingreift, wird damit teilweise dem Arbeitgeber aufgebürdet (so zutreffend Meisel, SAE 1977, 219 [220] zu Nr. 4 a.E.).

Bis zu welcher Grenze dem Arbeitgeber eine Verzögerung des Zustimmungsverfahrens zumutbar ist, die nicht nur darauf beruht, daß das Feststellungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist, sondern zugleich auch die Folge einer Unkenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderteneigenschaft ist, läßt sich den Verfahrensvorschriften des Schwerbehindertengesetzes nicht entnehmen. Diese Frage stellt sich bei einer dem Arbeitgeber unbekannten Antragstellung gemäß § 3 SchwbG ebenso wie in dem Fall, daß der Arbeitgeber vor der Kündigung noch nicht von einer bereits vorliegenden Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft unterrichtet ist. Die Frage ist nach den noch zu behandelnden materiell-rechtlichen Grundsätzen zu lösen.



III. Der Senat hat sich in den Entscheidungen vom 17. Februar 1977 (aaO) und vom 20. Oktober 1977 (aaO) nicht im einzelnen damit befaßt, ob es für den Eintritt des besonderen Kündigungsschutzes der Schwerbehinderten allein genügt, daß der Arbeitnehmer vor der Kündigung als Schwerbehinderter behördlich anerkannt worden ist oder zumindest die Feststellung seiner Schwerbehinderteneigenschaft beim Versorgungsamt beantragt hat, oder ob weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Darauf kam es in den Vorentscheidungen nicht an, weil sie Fälle betrafen, in denen schon die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für das Eingreifen des besonderen Kündigungsschutzes nicht erfüllt waren. Ausdrücklich offengelassen hat es der Senat, ob § 9 Abs. 1 MuSchG analog anzuwenden ist oder der Schwerbehinderte rechtsmißbräuchlich handelt, wenn er zwar vor der Kündigung das Feststellungsverfahren eingeleitet oder einen Bescheid nach § 3 SchwbG erhalten hat, sich auf seine dem Arbeitgeber unbekannte Schwerbehinderteneigenschaft aber erst geraume Zeit nach Ausspruch der Kündigung beruft (vgl. das Urteil vom 20. Oktober 1977, aaO, zu I 6 und 7 der Gründe).

Die Art und Weise der Geltendmachung des Sonderkündigungsschutzes ist im Streitfall entscheidungserheblich, weil die Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers vor der Kündigung weder offenkundig noch der Beklagten bekannt war, und der Kläger die Beklagte nach dem am 30. Dezember 1974 erfolgten Zugang der Kündigung erst am 28. Januar 1975 auf das von ihm beantragte Feststellungsverfahren hingewiesen hat. Die Parteien hatten wohl schon vor der Kündigung erkannt, daß der Kläger wegen seines angegriffenen Gesundheitszustandes nicht mehr die schweren Arbeiten als Former verrichten durfte. Daraus konnte die Beklagte zwar auf eine nicht unerhebliche Erwerbsminderung des Klägers schließen, deren Grad aber war für sie ebensowenig wie für den Kläger voraussehbar. Es kommt hinzu, daß es der Kläger nach seinem Vortrag gegenüber der Beklagten abgelehnt haben will, eine Rente wegen Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit zu beantragen.



Für Fälle dieser Art, in denen der Arbeitnehmer vor der Kündigung die Feststellung seiner Schwerbehinderteneigenschaft beantragt hat oder diese Feststellung bereits getroffen ist, der Arbeitgeber hiervon bis zur Kündigung aber keine Kenntnis hat, ist der Senat der Auffassung, daß die §§ 12 ff. SchwbG nur mit einer weiteren Einschränkung anzuwenden sind: Eine ohne vorherige Zustimmung der Hauptfürsorgestelle ausgesprochene Arbeitgeberkündigung ist nur dann nach den §§ 12 ff. SchwbG unwirksam, wenn sich der Schwerbehinderte nach Zugang der Kündigung innerhalb einer angemessenen Frist, die im Falle der ordentlichen Kündigung in aller Regel mit einem Monat anzunehmen ist, gegenüber dem Arbeitgeber auf seine bereits festgestellte Schwerbehinderteneigenschaft beruft oder ihm mitteilt, daß er einen entsprechenden Antrag gestellt hat. Diese einschränkende Auslegung ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen, die für das Kündigungsrecht und den allgemeinen und den besonderen Kündigungsschutz gelten.

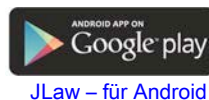
1. Für das Schwerbeschädigtengesetz hat das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß der besondere Kündigungsschutz allein an den objektiven Tatbestand der Schwerbeschädigteneigenschaft anknüpfe (vgl. BAG 3, 203 [206] = AP Nr. 4 zu § 14 SchwBeschG; BAG 4, 101 [102] = AP Nr. 9 zu § 14 SchwBeschG und BAG 24, 264 [267] = AP Nr. 6 zu § 1 SchwBeschG). Im Ausgangspunkt ist auch für das Schwerbehindertengesetz daran festzuhalten, daß die Unkenntnis des Arbeitgebers im Zeitpunkt der Kündigung von einer bereits festgestellten Schwerbehinderteneigenschaft den besonderen Kündigungsschutz nicht ausschließt (vgl. Gröninger, SchwbG, § 3 Anm. 8 a und d, § 12 Anm. 4 b und 5 c; Jung-Cramer, SchwbG 1974, § 1 Anm. 2 i und § 12 Anm. 2; Neubert-Becke, SchwbG 1974, § 12 Anm. 15; Rewolle, SchwbG, § 12 Anm. V 8; Ritzer, SchwbG 1974, § 12 Anm. 7; Weber, SchwbG, § 12 Anm. 10; Wilrodt-Neumann, aaO, § 12 Anm. 40). Das gilt auch dann,



wenn die Schwerbehinderteneigenschaft erst nach der Kündigung rückwirkend festgestellt wird, sofern das Feststellungsverfahren vor Ausspruch der Kündigung eingeleitet worden ist.

Dieser Grundsatz bedeutet jedoch nicht, daß die Unkenntnis des Arbeitgebers auf die Dauer unschädlich und es unerheblich ist, ob der Arbeitgeber alsbald oder erst geraume Zeit nach der Kündigung von der erfolgten oder beantragten Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft erfährt. Da die Kenntnis des Arbeitgebers von dem bestehenden oder möglichen Schutzzustand für ihn eine weitere subjektive Voraussetzung für die Einleitung des Zustimmungsverfahrens ist (vgl. oben zu B II 2 b der Gründe), steht es nicht im Widerspruch zum Ausgangspunkt, wenn das Schrifttum den besonderen Kündigungsschutz nur eingreifen lassen will, wenn der Schwerbehinderte die festgestellte oder mögliche Schwerbehinderteneigenschaft dem Arbeitgeber nach der Kündigung "unverzüglich", "alsbald", "innerhalb der Kündigungsfrist", oder innerhalb einer Frist von zwei oder drei Wochen mitteilt (vgl. Etzel, aaO, S. 163; Gröninger, aaO, § 3 Anm. 8 d; Rewolle, aaO, § 12 Anm. V 8; Schukai, DB 1976, 436 [439]; Trappe, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 2. Aufl., S. 421 Wilrodt-Neumann, aaO, § 12 Anm. 4o). Auch der Senat hat bereits in dem Urteil vom 17. Februar 1977, aaO, unter B II 3 b der Gründe betont, daß der besondere Kündigungsschutz für Schwerbehinderte nicht zeitlich unbegrenzt ist und auf die Klagefrist des § 4 KSchG und die Mitteilungsfrist des § 9 MuSchG hingewiesen. Diese Begründung enthält Ansätze für die Lösung, wie sich die anhaltende Unkenntnis des Arbeitgebers auf den besonderen Schwerbehindertenschutz auswirkt.

2. Noch bedeutsamer in diesem Zusammenhang ist das nicht veröffentlichte und deswegen weitgehend unbekannt geblieben Urteil des Senates vom 19. Juni 1969 - 2 AZR 542/68 -. In dem damaligen Fall hatte ein schwerbeschädigter Arbeitnehmer



die Unwirksamkeit einer Kündigung zwar innerhalb von drei Wochen gerichtlich geltend gemacht, sich aber erst 14 Monate nach Ausspruch der Kündigung auf den Kündigungsschutz als Schwerbeschädigter (§ 14 SchwBeschG) berufen. Das Landesarbeitsgericht hatte die Klage mit der Begründung abgewiesen, ein Schwerbeschädigter könne entsprechend § 9 MuSchG nur dann den Kündigungsschutz des § 14 SchwBeschG beanspruchen, wenn dem Arbeitgeber die Tatsache der Schwerbeschädigteneigenschaft entweder im Zeitpunkt der Kündigung bekannt sei oder unverzüglich danach vom Arbeitnehmer mitgeteilt werde.

Der Senat hat damals zwar eine analoge Anwendung des § 9 MuSchG abgelehnt, aber auf den Rechtsgedanken der §§ 3, 4 KSchG a.F. (§§ 4,5 KSchG n.F.) abgestellt. Danach sei der Arbeitnehmer verpflichtet, innerhalb einer angemessenen Frist die Umstände geltend zu machen, die zur Unwirksamkeit der Kündigung führten. Das Risiko, ein solches Recht verspätet geltend zu machen, habe regelmäßig der Arbeitnehmer zu tragen und nicht der Arbeitgeber. Wenn man von diesem allgemeinen Grundsatz ausgehe, dann könne sich ein schwerbeschädigter Arbeitnehmer nur innerhalb einer angemessenen Frist nach der Kündigung auf den besonderen Kündigungsschutz des § 14 SchwBeschG berufen.

3. Der in dieser Entscheidung zum Schwerbeschädigten-gesetz herausgestellte allgemeine Rechtsgedanke, daß ein Arbeitnehmer sich nur innerhalb angemessener Frist nach Ausspruch der Kündigung auf den allgemeinen oder besonderen Kündigungsschutz berufen kann, ist auch für die Anwendung der §§ 12 ff. SchwbG von Bedeutung. Dieser Rechtsgedanke ist jedoch nicht nur dem Kündigungsschutz-gesetz zu entnehmen und die Regelfrist für die Geltend-machung des Schwerbehindertenschutzes ist deswegen nicht etwa an die Klagefrist des § 4 KSchG zu binden. Vielmehr ist sie – jedenfalls für die ordentliche Kündigung – an der Monatsfrist des § 15 Abs. 1 SchwbG auszurichten. Für

diese Lösung sind folgende Gründe maßgebend:

- a) Das Gebot der Rechtssicherheit erfordert im Kündigungsrecht eine zeitliche Begrenzung sowohl bei der Ausübung der Kündigungsbefugnis durch den Arbeitgeber als auch bei der Geltendmachung des Kündigungsschutzes durch den Arbeitnehmer

Die Befugnis zur außerordentlichen Kündigung ist schon ihrer Natur nach in besonderem Maße zeitlich begrenzt; durch die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB ist nur eine klare zeitliche Grenze gesetzt worden (vgl. BAG 23, 475 [478 - 479 = AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu II der Gründe)]. Auch mit dem Ausspruch einer ordentlichen Kündigung kann der Kündigungsberechtigte nicht beliebig lange warten, wenn er sein Kündigungsrecht nicht verlieren (verwirken) will (vgl. BAG AP Nr. 22 zu § 1 KSchG). Die dem Betriebsrat bei der Anhörung zu einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung nach § 102 Abs. 2 BetrVG gesetzten kurzen Fristen zur Stellungnahme lassen erkennen, daß der Gesetzgeber eine rasche Entscheidung des Arbeitgebers darüber für notwendig hält, ob er seine Kündigungsabsicht verwirklichen will. Dem gleichen Zweck dient es, wenn der Arbeitgeber nach erteilter Zustimmung durch die Hauptfürsorgestelle eine ordentliche Kündigung nur binnen eines Monats aussprechen kann (§ 15 Abs. 3 SchwbG), während eine außerordentliche Kündigung sogar unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung erfolgen muß (§ 18 Abs. 6 SchwbG).

Der zeitlichen Begrenzung der Kündigungsbefugnis des Arbeitgebers entspricht auf der Arbeitnehmerseite die Befristung der gerichtlichen Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz, wenn der Arbeitnehmer sich darauf berufen will, daß die Kündigung sozial nicht gerechtfertigt oder ohne einen wichtigen Grund erfolgt sei (vgl. §§ 1, 2, 4 und 13 Abs. 1 KSchG). Der Gesetzgeber hat dem Arbeitnehmer zur Geltendmachung des dem Arbeitgeber bekannten allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem

Kündigungsschutzgesetz eine Frist von drei Wochen eingeräumt, innerhalb deren der Arbeitgeber stets damit rechnen kann und muß, daß seine Kündigung vom Arbeitnehmer als rechtsunwirksam angegriffen wird. Ein noch größeres Bedürfnis für eine schnelle Klärung der Rechtslage besteht dann, wenn der Arbeitnehmer sich auf einen dem Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung noch unbekannten besonderen Kündigungsschutz berufen kann. Das hat der Gesetzgeber im Mutterschutzgesetz erkannt und geregelt. Nach § 9 Abs. 1 MuSchG ist die Kündigung gegenüber einer Arbeitnehmerin, sofern dem Arbeitgeber deren Schwangerschaft zur Zeit der Kündigung unbekannt war, dann unzulässig, wenn ihm die Schwangerschaft binnen zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird.

Im Unterscheid zu § 9 Abs. 1 MuSchG enthalten die §§ 12 ff. SchwbG zwar keine ausdrückliche zeitliche Begrenzung des besonderen Kündigungsschutzes des Schwerbehinderten. Da es sich bei dem Schwerbehindertenschutz aber um einen Teilbereich des Kündigungsschutzrechtes handelt, für den die genannten allgemeinen Rechtsgedanken weder ausdrücklich noch vom Sinn und Zweck des Schutzes her ausgeschlossen sind und bei dem die gleiche Interessenlage besteht, ist auch ein Schwerbehinderter gehalten, sich innerhalb einer angemessenen Frist nach der Kündigung auf seinen dem Arbeitgeber bislang unbekannten besonderen Kündigungsschutz zu berufen.

b) Der Anwendung dieser allgemeinen Rechtsgrundsätze auch auf den Kündigungsschutz der Schwerbehinderten steht nicht entgegen, daß das Schwerbehindertengesetz dem Arbeitnehmer keine gegenüber dem Arbeitgeber zu erfüllende Pflicht auferlegt, seine Schwerbehinderteneigenschaft mitzuteilen und auf Verlangen nachzuweisen. Daraus folgt nur, daß der Arbeitgeber vom Schwerbehinderten nicht verlangen kann, ihn sofort nach Erteilung des Feststellungsbescheides oder Einleitung des Feststellungsverfahrens von der bestehenden oder möglichen Schwerbehinderteneigenschaft zu unterrichten.

Wenn der Schwerbehinderte befürchtet, der Arbeitgeber könne ihn wegen der Erwerbsminderung benachteiligen, und deswegen aus dem Schwerbehindertenschutz zunächst keine Vorteile ziehen will, dann läßt das den Kündigungsschutz für eine später erfolgende Kündigung unberührt.

Auch durch die nach Ausspruch der Kündigung erforderliche rechtzeitige Berufung auf den besonderen Kündigungsschutz erfüllt der Schwerbehinderte keine Rechtspflicht gegenüber dem Arbeitgeber. Es steht dem Arbeitnehmer frei, die Kündigung nur auf ihre sachliche Berechtigung überprüfen zu lassen und die Vorteile, die der besondere Kündigungsschutz für ihn bringt, ungenutzt zu lassen. Wenn er sich aber entschließt, den besonderen Kündigungsschutz in Anspruch zu nehmen, muß er den Arbeitgeber auf die festgestellte oder mögliche Schwerbehinderteneigenschaft hinweisen. Diese Mitteilung ist ebenso wie die nach § 9 MuSchG oder wie die Anzeigen und Rügen nach den §§ 149, 478 BGB und § 377 HGB ein im eigenen Interesse des Schwerbehinderten liegendes Gebot (vgl. zu den sog. Obliegenheiten: Esser, Schuldrecht, 4. Aufl., Bd. I, S. 31; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 11. Aufl., Bd. I, S. 315 ff.; Palandt-Heinrichs, BGB, 37. Aufl., Einl. vor § 241 Anm. 4 b). Von der Erfüllung dieser Obliegenheit, die er nicht dem Arbeitgeber schuldet, ist die Erhaltung seines besonderen Kündigungsschutzes abhängig.

c) Um diese "Verpflichtung gegen sich selbst" zu erfüllen ist es einerseits erforderlich, andererseits aber auch ausreichend, daß der Schwerbehinderte im Falle einer Arbeitgeberkündigung entweder auf seine Schwerbehinderteneigenschaft oder, solange diese noch nicht festgestellt ist, auf den von ihm gestellten Antrag nach § 3 SchwbG hinweist. Durch diese Mitteilung wird der Arbeitgeber ebenso wie durch die Anzeige einer vermuteten Schwangerschaft "vorgewarnt", weil er nun damit rechnen muß, daß der Kündigungsschutz nach §§ 12 ff. SchwbG tatsächlich eingreift (vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 9 MuSchG 1968 [zu III 1 e und IV 1 der Gründe], auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).



Darüber hinaus hat der Arbeitgeber dann auch schon die Möglichkeit, das Zustimmungsverfahren vorsorglich einzuleiten (vgl. oben unter B II 2 der Gründe). Die Mitteilung muß, um den besonderen Kündigungsschutz zu sichern, nicht mit dem unverzüglichen Nachweis der Schwerbehinderteneigenschaft verbunden sein. Dieser kann auch später erbracht werden, muß allerdings im Falle eines Rechtsstreits vor Erlaß des Urteils vorliegen (vgl. Etzel, B1StSozArbR 1977, 161 [163]).

d) Bei der Bemessung der Frist zur Mitteilung der (festgestellten oder möglichen) Schwerbehinderteneigenschaft hat der Senat berücksichtigt, daß die Ausschlußfrist allein materiell-rechtlichen Charakter hat. Mit der Versäumung der Frist tritt eine Verwirkung des besonderen Kündigungsschutzes des Schwerbehinderten wegen des Zeitablaufs ein (vgl. zu den vergleichbaren Regelungen des § 626 Abs. 2 BGB und § 9 MuSchG BAG 24, 292 = AP Nr. 1 zu § 13 KSchG 1969; Bulla-Buchner, MuSchG, 4. Aufl., § 9 Anm. 100 und 101 mit Hinweisen). Es wäre deshalb systemwidrig, die Frist zur Mitteilung etwa der Klagefrist nach § 4 KSchG anzugleichen. Das könnte zu der unrichtigen Annahme verleiten, bei Versäumnis der Frist sei entsprechend § 5 KSchG die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig. Diese Möglichkeit gibt es jedoch nicht für materiell-rechtliche Ausschlußfristen, die die Kündigungsbefugnis oder den besonderen Kündigungsschutz begrenzen (vgl. BAG 23, 475 [479] = AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschlußfrist [zu II der Gründe]; Bulla-Buchner, aaO, § 9 Anm. 100).

Um im Interesse der Rechtssicherheit stärkere Abweichungen von Fall zu Fall bei der Bemessung der vom Arbeitnehmer zur Erhaltung seines Kündigungsschutzes zu beachtenden Frist zu vermeiden, muß die "angemessene Frist" zur Mitteilung näher bestimmt werden. Ein für die Mehrzahl der Fälle hinreichend konkreter Maßstab ist die Einführung einer Regelfrist. Damit wird einerseits vermieden, daß durch eine feste Frist die Besonderheiten des Einzelfalles überhaupt nicht berücksichtigt werden können, andererseits



gewährleistet, daß nicht die Frist von Fall zu Fall verschieden ist.

Wegen der einschneidenden Bedeutung der Regelfrist für die Fortdauer des besonderen Kündigungsschutzes darf sie nicht zu kurz sein. Im Anschluß an die Entscheidung vom 19. Juni 1969 - 2 AZR 542/68 - hält der Senat eine analoge Anwendung des § 9 MuSchG nicht für vertretbar, und zwar schon deshalb, weil diese Vorschrift durch ihre enge Fassung einen erkennbaren Ausnahmecharakter hat und de lege ferenda eine Verlängerung der mit zwei Wochen sehr kurz bemessenen Frist gefordert wird (vgl. Buchner-Bulla, aaO, § 9 Anm. 97).

Es bietet sich an, für die Regelfrist auf die im Schwerbehindertengesetz selbst, nämlich in § 15 Abs. 1 SchwbG vorgesehene Frist von einem Monat zurückzugreifen, die der Hauptfürsorgestelle für die Entscheidung über die Zustimmung zu einer Kündigung eingeräumt ist. Hiernach wird dem Arbeitgeber vom Gesetz zugemutet, einen Monat lang die Ungewißheit hinzunehmen, ob er die Kündigung eines Schwerbehinderten durchsetzen kann. Es ist ihm deswegen auch zuzumuten, für den gleichen Zeitraum nach Ausspruch der Kündigung das Risiko zu tragen, ob die Kündigung wegen einer ihm unbekannten Schwerbehinderteneigenschaft unwirksam ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn es - wie im Streitfall - um eine ordentliche Kündigung geht.

e) Die schutzwürdigen Belange des Schwerbehinderten können auch dann ausreichend berücksichtigt werden, wenn er zwar die Mitteilungsfrist versäumt und dadurch den besonderen Kündigungsschutz verloren hat, aber feststeht, daß er schon zur Zeit der Kündigung schwerbehindert gewesen ist. Die Verwirkung des besonderen Kündigungsschutzes schließt nur die Folge der Nichtigkeit der Kündigung aus, die allein auf § 12 SchwbG in Verbindung mit § 134 BGB beruht. Dem Schwerbehinderten ist es jedoch nicht verwehrt, sich im Kündigungsschutzprozeß auf alle für die Interessenabwägung maßgebenden Umstände zu berufen, die sich aus seiner schon im Zeitpunkt

der Kündigung objektiv vorhandenen Schwerbehinderteneigenschaft ergeben. Für die Fälle, in denen dem Schwerbehinderten der besondere Kündigungsschutz nicht zugute kommt, weil er die Mitteilungsfrist nicht eingehalten hat, gelten damit die gleichen Grundsätze wie für diejenigen Schwerbehinderten, die vor der Kündigung noch nichts unternommen haben, um ihren besonderen Kündigungsschutz durch Einleitung eines Feststellungsverfahrens vorzubereiten: Ihre Eigenschaft als Schwerbehinderte ist bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit der ordentlichen Kündigung oder des wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung besonders zu berücksichtigen (vgl. die Urteile des Senates vom 17. Februar 1977, aaO [zu B II 3 c der Gründe] und vom 20. Oktober 1977, aaO [zu I 3 der Gründe]).

C. Für den Streitfall ergibt sich aus diesen Grundsätzen, daß die Kündigung der Beklagten vom 30. Dezember 1974 schon deshalb rechtsunwirksam ist, weil ihr die Hauptfürsorgestelle nicht vorher zugestimmt hat.

I. Der Kläger ist unstreitig bereits vor der Kündigung Schwerbehinderter im Sinne des § 1 SchwbG gewesen. Er hat auch schon vor Ausspruch der Kündigung beim Versorgungsamt beantragt, den Grad seiner Erwerbsminderung festzustellen, und hat sich auf dieses Verfahren vor Ablauf eines Monats nach Zugang der Kündigung berufen. Er hat damit alles getan, um seinen besonderen Kündigungsschutz vorzubereiten und zu erhalten.

II. Dem Landesarbeitsgericht ist darin zuzustimmen, daß die vorherige Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zur Kündigung im Streitfall auch nicht deshalb entbehrlich war, weil der Kläger im Zeitpunkt der Kündigung zu 90 v.H. in seiner Erwerbsfähigkeit gemindert war. Wie die Revision einräumt, betrifft die von ihr angeführte Entscheidung des Senates vom 13. Februar 1958 - 2 AZR 467/55 - (BAG 5, 208 [213] = AP Nr. 11 zu § 14 SchwBeschG) die Frage, ob einem dauernd

arbeitsunfähigen Schwerbeschädigten der Sonderkündigungsschutz zusteht. Demgegenüber war der Kläger im Zeitpunkt der Kündigung nicht auf Dauer arbeitsunfähig, sondern nur nicht mehr zur Verrichtung der schweren Arbeiten eines Formers in der Lage. Auch wenn er im Sinne des Sozialversicherungsrechts als Former berufsunfähig gewesen sein sollte, hätte die Beklagte die vorherige Zustimmung der Hauptfürsorgestelle einholen müssen, wie sich u.a. aus § 19 SchwbG ergibt (vgl. Wilrodt-Neumann, aaO, § 12 Anm. 48, § 19 Anm. 2).

Daß der Kläger zur Zeit der Kündigung erwerbsunfähig im Sinne des Sozialversicherungsrechts gewesen sei, ist nicht festgestellt. Entgegen der Ansicht der Revision kann es offen bleiben, ob eine Kündigung ausnahmsweise dann nicht der Zustimmung bedarf, wenn vor der Kündigung feststeht, daß die Schwerbehinderte die bisherige Tätigkeit nicht fortsetzen kann und auch eine Umsetzung auf einen anderen Arbeitsplatz wegen seiner Schwerbehinderung in diesem Betrieb nicht möglich ist. Wie die Revision verkennt, ist es nämlich zwischen den Parteien streitig geblieben, ob der Kläger leichtere Arbeiten im Betrieb der Beklagten hätte ausführen und diese ihm einen entsprechenden Arbeitsplatz hätte zuweisen können. Die Einschaltung der Hauptfürsorgestelle wäre deshalb kein "überflüssiger Formalismus" gewesen. Das wird dadurch bestätigt, daß die Hauptfürsorgestelle aufgrund des späteren Antrages der Beklagten die Zustimmung erst nach einer eingehenden Überprüfung der Angaben der Beklagten und nach einer Betriebsbesichtigung erteilt hat.

III. Nach alledem war das angefochtene Urteil mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zu bestätigen.

gez.: Dr. Gröninger Hillebrecht Roeper

Thieß Meyer-Estorf

