

Aktenzeichen: 2 AZR 613/06
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 29. November 2007
- 2 AZR 613/06 -

I. Arbeitsgericht
Solingen

Urteil vom 15. September 2005
- 1 Ca 2065/04 lev -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Teilurteil vom 29. März 2006
- 17 Sa 1321/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen

Gesetz:

SGB IX § 90 Abs. 2a

Leitsätze:

keine



BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 613/06
17 Sa 1321/05
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
29. November 2007

URTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 29. November 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Bröhl und Dr. Eylert sowie die ehrenamtlichen Richter Thelen und Krichel für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Revision der Beklagten wird das Teilurteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 29. März 2006 - 17 Sa 1321/05 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten in der Revision nur über die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten Kündigung vom 28. September 2004. 1
- Der am 2. Februar 1969 geborene Kläger ist seit dem 8. September 1986 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin als Hofmitarbeiter und Kraftfahrer im Bereich W beschäftigt. Er beantragte am 8. September 2004 beim Versorgungsamt Köln seine Anerkennung als Schwerbehinderter. 2
- Mit Bescheid vom 22. April 2005 stellte das Versorgungsamt einen Grad der Behinderung (GdB) von 40 fest. Auf den Widerspruch des Klägers wurde mit Bescheid vom 27. September 2005 wegen eines Hirnschadens des Klägers mit Lernbehinderung und Verhaltensauffälligkeiten sowie eines degenerativen Wirbelsäulensyndroms rückwirkend zum 8. September 2004 ein GdB von 50 anerkannt. 3
- Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 28. September 2004 das Arbeitsverhältnis wegen einer halbstündigen Pauseneinlegung am 30. August 2004 und einer Verspätung am 13. September 2004 ordentlich zum 31. Dezember 2004. Ob das Kündigungsschreiben dem Kläger am 29. September oder 30. September 2004 zugegangen ist, ist zwischen den Parteien streitig. 4
- Mit Schreiben vom 19. Juli 2005 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis erneut zum 31. Dezember 2005. 5
- Der Kläger hat sich mit seiner Klage ua. gegen diese Kündigungen und vorangegangene Abmahnungen vom 7. August 2000, 23. Oktober 2001, 4. Dezember 2003 und 30. Juni 2004 gewandt. Er hat zur ersten Kündigung vom 28. September 6



2004 vor allem die Auffassung vertreten, sie sei wegen der fehlenden Zustimmung des Integrationsamtes unwirksam.

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Bedeutung - zuletzt beantragt 7
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien
nicht durch die Kündigung vom 28. September 2004 aufgelöst
worden ist.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags ua. aus- 8
geführt: Die Kündigung sei aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt. Der
Kläger habe wiederholt nach Abmahnungen seine arbeitsvertraglichen Pflichten
eklatant verletzt. Die Pflichtenverstöße vom 30. August und 13. September 2004 seien
die Endpunkte einer langen Fehlentwicklung. Er habe häufig unentschuldigt gefehlt.
Die Kündigung sei auch nicht aus anderen Gründen rechtsunwirksam. Der Kläger
könne sich insbesondere nicht auf den Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX
berufen. Zum Zeitpunkt der Kündigung sei seine Schwerbehinderteneigenschaft
unstreitig nicht nachgewiesen gewesen. Sein Antrag auf Feststellung der Schwer-
behinderteneigenschaft vom 8. September 2004 sei auch nicht rechtzeitig vor dem
Zugang der Kündigung gestellt worden. Die Kündigung sei dem Kläger am 29.
September 2004 durch Übergabe des Kündigungsschreibens an seine Mutter zu-
gegangen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage im Wesentlichen abgewiesen. Auf die Be- 9
rufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht durch Teilurteil festgestellt, dass die
Kündigung vom 28. September 2004 rechtsunwirksam ist; im Übrigen hat es den
Rechtsstreit ausgesetzt. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegen das Teilurteil zu-
gelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen
Entscheidung.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung des 10
Rechtsstreits an das Berufungsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist die Kündigung vom 11
28. September 2004 auf Basis der bisherigen tatsächlichen Feststellungen noch nicht
wegen der fehlenden Zustimmung des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX iVm. § 134



BGB nichtig. Dies wäre nur der Fall, wenn das Kündigungsschreiben vom 28. September 2004 dem Kläger erst am 30. September 2004 zugegangen ist. Sollte das Kündigungsschreiben dem Kläger bereits am 29. September 2004 zugegangen sein, so wird das Landesarbeitsgericht das Vorliegen von verhaltensbedingten Kündigungsgründen näher prüfen müssen.

A. Das Landesarbeitsgericht hat zur Begründung seines der Klage insoweit 12
stattgebenden Teilurteils im Wesentlichen ausgeführt: Die Kündigung vom 28. September 2004 sei wegen der fehlenden Zustimmung des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX iVm. § 134 BGB unwirksam. Die Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers zum Zeitpunkt der Kündigung stehe fest. Eine Zustimmung des Integrationsamtes liege nicht vor. Sie sei auch nicht entbehrlich gewesen. § 90 Abs. 2a SGB IX greife im Entscheidungsfall nicht ein. Es reiche aus, dass der Kläger schon am 8. September 2004 seine Anerkennung als Schwerbehinderter beantragt habe und die Beklagte am 8. Oktober 2004 mit der Klageschrift hierüber informiert worden sei. Eine schuldhafte Säumnis des Klägers im Sinne der 2. Alternative des § 90 Abs. 2a SGB IX liege nicht vor.

B. Dem folgt der Senat nicht. 13

I. Die Kündigung vom 28. September 2004 ist jedenfalls dann nicht nach § 85 14
SGB IX iVm. § 134 BGB nichtig, wenn sie dem Kläger am 29. September 2004 zugegangen ist. In diesem Fall war die Beklagte nicht verpflichtet, vor Ausspruch der Kündigung die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen.

1. Gemäß § 85 SGB IX bedarf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines 15
schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes. Für schwerbehinderte Menschen findet das Zustimmungserfordernis des § 85 SGB IX gemäß § 90 Abs. 2a SGB IX, eingeführt mit Wirkung ab 1. Mai 2004 durch das Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 23. April 2004 (BGBl. I S. 606), keine Anwendung, wenn zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGG IX eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte. Das heißt, bei Zugang der Kündigung muss entweder bereits die Schwerbehinderung anerkannt (oder eine Gleichstellung erfolgt) oder der Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderung (bzw. der Gleichstellungsantrag)



muss vom Arbeitnehmer mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung gestellt worden sein (*BAG 1. März 2007 - 2 AZR 217/06 - EzA SGB IX § 90 Nr. 1 und 6. September 2007 - 2 AZR 324/06 -*).

2. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, steht noch nicht fest. 16
- a) Zum Zeitpunkt des Zugangs des Kündigungsschreibens vom 28. September 2004, wobei es insoweit auf das Zustellungsdatum nicht ankommt, war die Anerkennung des Klägers als schwerbehinderter Mensch noch nicht erfolgt und damit nicht iSv. § 90 Abs. 2a 1. Alt. SGB IX nachgewiesen (*vgl. Senat 1. März 2007 - 2 AZR 217/06 - EzA SGB IX § 90 Nr. 1*). Sie erfolgte vielmehr erst durch den Widerspruchsbescheid vom 27. September 2005. Ein Nachweis im Sinne der gesetzlichen Regelung liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn zum Kündigungszeitpunkt das Anerkennungsverfahren noch nicht abgeschlossen und damit die Schwerbehinderung noch nicht anerkannt ist. Dies gilt selbst dann, wenn die Feststellung der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch später mit Rückwirkung erfolgt (*siehe ua. KR-Etzel 7. Aufl. §§ 85-90 SGB IX Rn. 29 b; Griebeling NZA 2005, 494, 496; Schlewing NZA 2005, 1218, 1221; Stahlhacke/Preis/Vossen-Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 1472 b; HWK-Zimbauer §§ 85-92 SGB IX Rn. 27*). 17
- b) Nach § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX steht dem Kläger der Sonderkündigungsschutz nicht zu, wenn das Kündigungsschreiben vom 28. September 2004 ihm noch am 29. September 2004 zugegangen ist. 18
- aa) Nach § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX finden die Vorschriften über den Sonderkündigungsschutz keine Anwendung, wenn das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte. 19
- bb) Wie der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 1. März 2007 (- 2 AZR 217/06 - EzA SGB IX § 90 Nr. 1; s. weiter 6. September 2007 - 2 AZR 324/06 -) angenommen hat, bleibt hiernach der Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen trotz fehlenden Nachweises nur dann bestehen, wenn der Antrag so frühzeitig vor dem Kündigungszugang gestellt worden ist, dass eine Entscheidung vor dem Ausspruch der Kündigung bei einer ordnungsgemäßen Mitwirkung des Antragstellers binnen der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX möglich gewesen wäre. § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX verweist auf die Fristen des § 14 Abs. 2 Satz 2 und 4 sowie Abs. 5 20



Satz 2 und 5 SGB IX und deren entsprechende Anwendung. Hiernach hat der Rehabilitationsträger normalerweise und regelmäßig - ohne Gutachterbeteiligung - innerhalb von drei Wochen nach Antragseingang über den Antrag zu entscheiden (vgl. § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IX). Nach der Rechtsprechung des Senats muss deshalb der Antrag der erwerbstätigen Person mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung mit den erforderlichen Angaben gestellt worden sein, so dass über ihn eine positive Entscheidung vor Kündigungsausspruch bei ordnungsgemäßer Bearbeitung hätte ergehen können (vgl. 1. März 2007 - 2 AZR 217/06 - EzA SGB IX § 90 Nr. 1; 6. September 2007 - 2 AZR 324/06 -). § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX erweist sich damit nach der Rechtsprechung des Senats als Bestimmung einer Vorfrist, die dem Zweck der gesetzlichen Regelung, nämlich eine missbräuchliche Antragstellung und die Durchführung eines aussichtslosen Feststellungsverfahrens zu verhindern und der Rechtssicherheit zu dienen, entspricht (vgl. 1. März 2007 - 2 AZR 217/06 - aaO).

cc) Unter Anwendung dieser Grundsätze kann sich der Kläger für den Fall, dass ihm das Kündigungsschreiben am 29. September 2004 zugegangen sein sollte, nicht auf den Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach SGB IX berufen, da er seinen Antrag erst am 8. September 2004 und damit nicht rechtzeitig, nämlich mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung, gestellt hat.

21

dd) Die Kündigung vom 28. September 2004 ist jedoch nach § 134 BGB iVm. § 85 SGB IX nichtig, wenn sie dem Kläger erst am 30. September 2004 zugegangen ist. In diesem Fall genießt der Kläger Sonderkündigungsschutz nach dem SGB IX. Der Antrag wäre dann rechtzeitig gestellt worden.

22

II. Aus den vorstehenden Überlegungen resultiert, dass dem Revisionsgericht noch keine eigene Sachentscheidung möglich ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Entscheidung des Berufungsgerichts enthält keine ausreichenden tatsächlichen Feststellungen zum Kündigungssachverhalt. Der Rechtsstreit muss deshalb zur weiteren Sachaufklärung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden (§ 563 Abs. 1 ZPO). Dabei wird das Berufungsgericht zunächst den Zugang der Kündigungserklärung vom 28. September 2004 klären müssen. Sollte die Kündigungserklärung

23



dem Kläger bereits am 29. September 2004 zugegangen sein, wird es weiter den verhaltensbedingten Kündigungsgrund aufklären und prüfen müssen.

Rost

Bröhl

Eylert

Thelen

Krichel

