

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

Gesetze: Schwerbehindertengesetz (SchwbG) vom 29. April 1974
§§ 12, 1, 3, 15, 16, 17, 18; Schwerbeschädigtengesetz
(SchwbG 1961) vom 14. August 1961 §§ 14, 15, 17, 19;
KSchG 1969 §§ 1, 2, 4, 7; MuSchG 1968 § 9; BGB § 242
Prozeßverwirkung, § 626; ArbGG § 67; ZPO §§ 279, 529,
565

Leitsätze:

1. Der besondere Kündigungsschutz für Schwerbehinderte aufgrund der §§ 12 ff. SchwbG greift grundsätzlich nicht ein, wenn die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers im Zeitpunkt der Kündigung weder gemäß § 3 SchwbG festgestellt war noch der Arbeitnehmer einen Antrag auf Erteilung eines entsprechenden Bescheids gestellt hatte. In diesen Fällen bedarf eine Arbeitgeberkündigung nicht der vorherigen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle. Das gilt auch, wenn das Versorgungsamt aufgrund eines nach der Kündigung gestellten Antrags gemäß § 3 SchwbG die Schwerbehinderteneigenschaft oder deren wesentliche Voraussetzungen (nicht nur vorübergehende Minderung der Erwerbsfähigkeit um wenigstens 50 v.H.) rückwirkend für eine Zeit vor der Kündigung feststellt.
2. In Fällen der zuletzt genannten Art haben die Gerichte für Arbeitssachen bei Prüfung der Sozialwidrigkeit einer ordentlichen Kündigung (§§ 1, 2 KSchG) oder des wichtigen Grundes für eine außerordentliche Kündigung (§ 626 BGB) die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers ebenso zu berücksichtigen, wie dies im Zustimmungsverfahren der Hauptfürsorgestelle der Fall wäre. Dies gilt vor allem, wenn die Kündigung auf Gründe gestützt wird, die mit der Behinderung im Zusammenhang stehen.

Aktenzeichen: 2 AZR 687/75

Urteil des BAG vom 17. Februar 1977

LAG Düsseldorf



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 687/75

2 Sa 235/75 Düsseldorf

Verkündet am
17. Februar 1977

gez. Bittner,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. November 1976 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Hillebrecht und Dr. Jobs sowie die ehrenamtlichen Richter Fink und Dr. Bächle für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 17. September 1975 - 2 Sa 235/75 - aufgehoben.

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

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 1924 geborene Kläger war seit 1962 ursprünglich als Blockputzer im Edelstahlwerk der Beklagten beschäftigt. Nachdem die Blockputzerei zum 31. März 1974 geschlossen worden war, verwendete die Beklagte den Kläger zunächst als Spänefahrer, bald danach auf seinen eigenen Wunsch in der Gußputzerei. Am 5. August 1974 legte der Kläger eine ärztliche Bescheinigung vor, aus der sich ergab, daß seine Weiterbeschäftigung an dem jetzigen sowie an anderen staubigen Arbeitsplätzen aus gesundheitlichen Gründen nicht verantwortet werden könne. Daraufhin versetzte die Beklagte nach Absprache mit dem Betriebsrat den Kläger in die TiC-Anlage, in der mit chemischen Flüssigkeiten gearbeitet wird. Wenige Tage nach der Arbeitsaufnahme in dieser Abteilung erkrankte der Kläger. Eine werksärztliche Untersuchung ergab, daß er aus gesundheitlichen Gründen für die ihm zuletzt übertragene Tätigkeit nicht tauglich sei.

Mit Zustimmung des Betriebsrats kündigte die Beklagte dem Kläger am 30. Januar 1975 zum 31. März 1975 mit der Begründung, daß der Werksarzt den jetzigen Arbeitsplatz des Klägers aus gesundheitlichen Gründen für nicht geeignet halte; die ärztliche Beurteilung werde durch die zahlreichen und langen Fehlzeiten in den letzten Monaten bestätigt. Einen dem Gesundheitszustand des Klägers entsprechenden Arbeitsplatz könne die Beklagte jetzt und in naher Zukunft nicht anbieten. Die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zu dieser Kündigung lag nicht vor. Am 19. Februar 1975 erhob der Kläger die vorliegende Klage auf Feststellung, daß sein Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 30. Januar 1975 nicht aufgelöst worden sei.

Am 21. Februar 1975 beantragte der Kläger beim Versorgungsamt, ihm eine Bescheinigung über seine Eigenschaft als Schwerbehinderter zu erteilen. Mit Bescheid vom 14. März 1975 bestätigte das Versorgungsamt mit Rückwirkung vom 1. Mai 1974 an, daß aufgrund der beim Kläger festgestellten Behinderungen der Grad seiner Minderung der Erwerbsfähigkeit 50 v.H. betrage. Der Bescheid wurde dem Kläger am 19. März 1975 zugestellt.

- 3 -



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



Das Arbeitsgericht hat durch Urteil vom 10. März 1975, dem Kläger zugestellt am 27. März 1975, die Klage abgewiesen: Die Kündigung sei durch Gründe in der Person des Klägers, nämlich deshalb gerechtfertigt, weil er die Arbeit in der Gußputzerei gesundheitlich nicht mehr leisten könne und ein anderer geeigneter Arbeitsplatz nicht vorhanden sei.

Hiergegen hat der Kläger am 8. April 1975 Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Fristverlängerung am 21. Mai 1975 begründet. In der Berufungsbegründung hat er zum ersten Mal in diesem Rechtsstreit geltend gemacht, daß er Schwerbehinderter und die Kündigung schon deshalb rechtsunwirksam sei, weil ihr die Hauptfürsorgestelle nicht nach Maßgabe des § 12 des Schwerbehindertengesetzes (SchwbG) vom 29. April 1974 (BGBl. I S. 1006) im voraus zugestimmt habe. Im übrigen hat der Kläger sich weiterhin darauf berufen, die Kündigung sei sozialwidrig.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Antrags auf Zurückweisung der Berufung vor allem geltend gemacht, für die Anwendung des Schwerbehindertenkündigungsschutzes im vorliegenden Fall sei kein Raum. Alle auf diesen Schutz bezüglichen Umstände seien erst nach der Kündigung zutage getreten. Es sei ihr deshalb gar nicht möglich gewesen, vor Ausspruch der Kündigung die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle einzuholen.

Das Landesarbeitsgericht hat unter Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils der Klage stattgegeben: Die Kündigung verstoße gegen § 12 SchwbG. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie die Wiederherstellung des Urteils des Arbeitsgerichts erstrebt, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.



- 4 -

A. Die von der Revision erhobenen Bedenken verfahrensrechtlicher Art stehen der Entscheidung in der Sache nicht entgegen.

I. Zu Unrecht meint die Revision, die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts sei unzulässig gewesen, weil er sie allein zu dem Zweck eingelegt habe, um den Vortrag hinsichtlich seiner Schwerbehinderteneigenschaft nachzuschieben, den er infolge grober Nachlässigkeit und unter Verletzung des Grundsatzes prozeßredlichen Verhaltens in erster Instanz nicht gebracht habe. Insbesondere seien die Bestimmungen der §§ 128, 138 und 529 Abs. 2 ZPO verletzt.

Zwar ist der Revision zuzugeben, daß die Zulässigkeit der Berufung auch im Revisionsverfahren zu prüfen ist. Die hier erhobenen Verfahrensrügen wirken sich aber auf die Zulässigkeit der Berufung nicht aus. Sie berühren lediglich die Frage, ob der Kläger wegen verspäteten Vorbringens der zugehörigen Tatsachen mit der Geltendmachung des Kündigungsschutzes nach dem Schwerbehindertengesetz ausgeschlossen ist. Selbst wenn die Annahme der Revision, wie das prozessuale Verhalten des Klägers in der Vorinstanz zu beurteilen sei, richtig wäre, so hätte das nur zur Folge, daß der Kläger seine Befugnis verloren hätte, die Kündigung auch wegen der Rechtsfolgen des § 12 SchwbG anzugreifen (vgl. BAG 11, 353 [354 f.] und BAG 17, 177 [183] = AP Nr. 1 und 2 zu § 242 BGB Prozeßverwirkung). Mit der Zulässigkeit der Berufung hat das nichts zu tun.

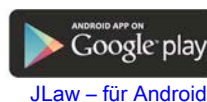
II. Im übrigen hat das Landesarbeitsgericht ohne Verfahrensfehler und damit zu Recht den erstmalig in der Berufungsbegründungsschrift enthaltenen Vortrag des Klägers berücksichtigt, er sei Schwerbehinderter bereits zur Zeit der Kündigung gewesen, und deshalb sei die ohne Zustimmung der Hauptfürsorgestelle ausgesprochene Kündigung rechtsunwirksam.

1. Zwar kann es einer Partei im Prozeß verwehrt sein, sich auf bestimmte entscheidungserhebliche Tatsachen zu berufen, wenn sie dadurch ihre Pflicht zu prozeßredlichem Verhalten verletzt (vgl. BAG 17, 177 [183] = AP Nr. 2 zu § 242 BGB Prozeß-

- 5 -



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



verwirkung sowie Urteil vom 6. Juni 1974 - 2 AZR 278/73 -, zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts bestimmt [demnächst: AP Nr. 3 zu § 9 MuSchG 1968] = AR-Blattei "Mutterschutz" Entsch. 56 [zu IV 3 der Gründe]). Ein solcher Vorwurf muß aber an das Verhalten im Prozeß selbst anknüpfen; der Partei muß angelastet werden können, die Durchführung des Rechtsstreits ohne hinreichenden Grund zu behindern. Führt das beanstandete prozessuale Verhalten zu einer Verzögerung des Rechtsstreits, so ist dem mit den Bestimmungen über die Zurückweisung verspäteten Vorbringens (§§ 279, 529 ZPO, § 67 ArbGG) zu begegnen (BAG vom 6. Juni 1974, wie oben).

2. Von der Möglichkeit der Zurückweisung hat das Landesarbeitsgericht keinen Gebrauch gemacht. Sie setzt - abgesehen davon, daß der Bescheid des Versorgungsamts vom 14. März 1975 erst nach dem Ende des ersten Rechtszugs (10. März 1975) dem Kläger bekanntgegeben worden ist - jedenfalls voraus, daß bei Berücksichtigung des neuen Vortrags die Entscheidung des Gerichts hinausgezögert worden wäre (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung BAG AP Nr. 10 zu § 242 BGB Unzulässige Rechtsausübung - Verwirkung). Durch die Einführung der Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers in den Prozeß ist es zu keiner Verzögerung des Rechtsstreits gekommen. Das Landesarbeitsgericht hat bereits aufgrund der ersten und einzigen mündlichen Verhandlung vom 10. September 1975 sein Urteil erlassen. Unabhängig hiervon könnte eine Verletzung des § 529 ZPO oder des § 67 ArbGG, die darin besteht, daß das Landesarbeitsgericht neues Vorbringen zu Unrecht nicht als verspätet zurückgewiesen hat, im Revisionsverfahren nicht mit Erfolg gerügt werden (vgl. BAG 19, 66 [74 f.] = AP Nr. 5 zu § 282 BGB [zu VII der Gründe] nebst Anmerkung von Sieg).

B. In der Sache selbst gelangt der Senat zu dem Ergebnis, daß § 12 SchwbG im Streitfall nicht anwendbar ist.



- 6 -

I. Der vorliegende Sachverhalt ist durch die Besonderheit gekennzeichnet, daß bis zum Ausspruch der Kündigung (30. Januar 1975) weder die Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers nach Maßgabe des § 3 SchwbG behördlich festgestellt war noch der Kläger einen entsprechenden Antrag (§ 3 Abs. 1 oder 4 SchwbG) beim Versorgungsamt gestellt hatte. Das ist entscheidungserheblich. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts kommt es für die Frage der Anwendbarkeit des § 12 SchwbG nicht darauf an, daß das Versorgungsamt später durch seinen Bescheid vom 14. März 1975 festgestellt hat, der Kläger sei bereits im Zeitpunkt der Kündigung zu 50 v.H. in seiner Erwerbsfähigkeit gemindert gewesen.

II. Die Neuregelung des Sonderkündigungsschutzes Schwerbehinderter in §§ 12 ff. SchwbG weicht beträchtlich von der früheren Rechtslage ab. Deshalb können die in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu diesem Rechtsgebiet entwickelten Grundsätze nicht unbesehen auf die neuen Vorschriften übertragen werden, wie es im Schrifttum weitgehend geschieht. Nach der Auffassung des Senats müssen die beiden im Gesetzgebungsweg offenbar nicht erkannten Fallgruppen, daß ein Behinderter zur Zeit der Kündigung ein Verfahren gemäß § 3 SchwbG zur Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft eingeleitet hatte oder daß dies nicht der Fall war, je für sich behandelt werden. Dabei spielen für den Streitfall, in dem es an einem solchen Verfahren vor Ausspruch der Kündigung fehlt, folgende Überlegungen eine wesentliche Rolle:

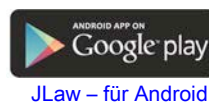
1. Das geltende Recht weist eine Anzahl von Besonderheiten auf, in denen es sich vom Schwerbeschädigtengesetz in der Fassung vom 14. August 1961 (BGBl. I S. 1234) mit späteren Änderungen – SchwbG 1961 – unterscheidet und die für den Anwendungsbereich der §§ 12 ff. SchwbG erheblich sind.

a) Gemäß § 12 SchwbG bedarf grundsätzlich jede Kündigung, die einem Schwerbehinderten gegenüber erklärt werden soll, zu ihrer Wirksamkeit der vorherigen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle;

- 7 -



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



- 7 -

von der Ausnahmebestimmung des § 17 SchwbG kann in diesem Zusammenhang abgesehen werden. Nach früherem Recht genügte es, wenn der Arbeitgeber nach der Kündigung den Zustimmungsantrag stellte; er konnte also noch nachträglich – wenn auch nicht zeitlich unbegrenzt – die Wirksamkeitsvoraussetzung für eine bereits ausgesprochene Kündigung herbeiführen (vgl. BAG 11, 51 = AP Nr. 6 zu § 15 SchwBeschG mit Hinweisen). Daraus mag sich erklären, daß eine Fallgestaltung der vorliegenden Art in der früheren Rechtsprechung nicht behandelt worden ist.

b) Aus dem Erfordernis der vorherigen Zustimmung hat sich zugleich eine Änderung im Verfahren der Hauptfürsorgestelle ergeben. Zwar ist die Soll-Vorschrift erhalten geblieben (§ 17 Abs. 1 SchwbG 1961, § 15 Abs. 1 SchwbG), daß die Entscheidung über den Zustimmungsantrag innerhalb eines Monats zu treffen ist. Die Hauptfürsorgestelle hat aber nicht mehr die Möglichkeit des § 17 Abs. 1 Satz 2 SchwbG 1961, bei längerer Dauer ihres Verfahrens die Kündigungsfrist angemessen zu regeln. Nach geltendem Recht führt die etwaige Verzögerung des Verfahrens der Hauptfürsorgestelle – die Monatsfrist des § 15 Abs. 1 SchwbG zur Entscheidung über den Zustimmungsantrag ist nicht zwingend (vgl. Wilrodt-Neumann, Schwerbehindertengesetz, 4. Aufl., 1976, § 15 Anm. 3) – notwendig zu einem nicht ausgleichbaren Hinausschieben des Endes der Kündigungsfrist.

c) Auch eine außerordentliche Kündigung hängt jetzt in ihrer Wirksamkeit gemäß § 18 SchwbG allgemein von der vorherigen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle ab. Dabei muß die Zustimmung innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis des Arbeitgebers von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen beantragt werden (§ 18 Abs. 2 SchwbG). Die Hauptfürsorgestelle muß innerhalb von zehn Tagen nach Antragstellung über den Antrag entscheiden (§ 18 Abs. 3 SchwbG). Nach altem Recht bedurfte eine außerordentliche Kündigung nur ausnahmsweise der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle (§ 19 Abs. 3 SchwbG 1961), die – wie bei der ordentliche Kündigung – auch nachträglich bean-

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

- 8 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 8 -

tragt werden konnte; an irgendeine Frist war der Antrag nicht gebunden.

d) Der Kreis der Schwerbehinderten ist in § 1 SchwbG beträchtlich erweitert und auf alle Personen ausgedehnt worden, die unabhängig von Art oder Ursache der Behinderung infolge dieser Behinderung um wenigstens 50 v.H. in ihrer Erwerbsfähigkeit gemindert sind. Das bedeutet, daß Fälle der vorliegenden Art, in denen einem Arbeitnehmer gekündigt wird, über dessen Schwerbehinderteneigenschaft erst nachträglich um behördliche Feststellung nachgesucht wird, in einer nicht ganz geringen Zahl auftreten werden.

e) Schließlich hat auch das Verfahren zur Feststellung und zum Nachweis der Schwerbehinderteneigenschaft in § 3 SchwbG eine wesentliche Umgestaltung erfahren. (Dabei kann hier unerörtert bleiben, daß § 3 SchwbG mit Wirkung vom 1. Juli 1976 durch Art. 2 des 8. Anpassungsgesetzes zur Kriegsopferversorgung vom 14. Juni 1976 [BGBl. I S. 1481] geändert worden ist; seine grundsätzliche Konzeption ist nämlich bestehen geblieben.) Bedeutsam ist nicht nur, daß die Verfahrensregelung jetzt in das Gesetz selbst aufgenommen ist, während vergleichbare Bestimmungen vordem in der 1. Durchführungsverordnung zum Schwerbeschädigtengesetz vom 18. März 1954 (BGBl. I S. 40) enthalten waren (vgl. dazu Wilrodt-Neumann, aaO, § 3 Anm. 2). Neu ist vor allem, daß - von den Fällen des § 3 Abs. 2 SchwbG abgesehen, in denen in einem anderen, insbesondere einem Rentenverfahren bereits früher die entsprechenden Feststellungen getroffen worden sind (vgl. dazu Gröninger, Schwerbehindertengesetz, 1976, § 3 Anm. 5) - jetzt nur eine bestimmte Behörde, nämlich das Versorgungsamt, allein auf Antrag des Behinderten in einem genau geregelten mit Rechtsweggarantien ausgestatteten Verfahren die für die Schwerbehinderteneigenschaft erforderlichen Feststellungen trifft. Der entsprechende Bescheid im Sinne des § 3 SchwbG dient dem Nachweis der Schwerbehinderteneigenschaft. Als solcher ist er für den Kündigungsschutz gemäß §§ 12 ff. SchwbG maßgeblich (vgl.

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Wilrodt-Neumann, aaO, § 12 Anm. 40), ohne daß hier auf die Frage einzugehen ist, ob dem Feststellungsbescheid lediglich deklaratorische oder konstitutive Bedeutung für die Schwerbehinderteneigenschaft zukommt.

2. Aus dem so umschriebenen geltenden Rechtszustand folgt, daß § 12 SchwbG, dessen Verletzung (Kündigung ohne vorherige Zustimmung der Hauptfürsorgestelle) zur Nichtigkeit der Kündigung führt, nicht uneingeschränkt angewandt werden kann. Er ist nämlich nicht geeignet, die besonderen Probleme zu lösen, die sich in Fällen der vorliegenden Art stellen, in denen erst nach der Kündigung das Verfahren zur Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft betrieben wird.

a) Ein wesentlicher Grund, der die Anwendung der §§ 12 ff. SchwbG tatsächlich ausschließt, liegt darin, daß im Zeitpunkt der Kündigung, der allgemein für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Kündigung als maßgebend angesehen wird (vgl. Hueck, Kündigungsschutzgesetz, 9. Aufl., § 1 Anm. 154 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts), regelmäßig niemand etwas von der Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers weiß. Das gilt in vielen Fällen sogar für den Arbeitnehmer selbst, dem zwar sein eingeschränkter Gesundheitszustand bekannt sein wird, der aber den Grad der darauf beruhenden Minderung der Erwerbsfähigkeit nicht sicher zu bestimmen vermag. Das ist eine der medizinischen Beurteilung unterliegende Frage, bei deren Entscheidung eine gewisse Bandbreite der Möglichkeiten nicht auszuschließen ist; andernfalls hätte es der Verfahrensregeln des § 3 Abs. 5 SchwbG über die Anfechtbarkeit der Bescheide des Versorgungsamts nicht bedurft. Ob es Fälle gibt, in denen auch der Grad der Erwerbsminderung ohne behördliche Feststellung offenkundig bei wenigstens 50 v.H. liegt (so Wilrodt-Neumann, aaO, § 12 Anm. 40), und welche Folgerungen daraus zu ziehen sind, kann auf sich beruhen, da ein entsprechender Sachverhalt hier nicht vorgetragen ist; der Werksarzt der Beklagten hatte

lediglich festgestellt, daß der Kläger für die zuletzt von ihm verrichteten Arbeiten aus gesundheitlichen Gründen nicht geeignet sei.

b) Aber auch wer davon ausgeht, daß der Schutz des Schwerbehindertengesetzes nach seinem Wortlaut - anders etwa als der Kündigungsschutz gemäß § 9 Abs. 1 MuSchG - allein an den objektiven Tatbestand der Schwerbehinderteneigenschaft anknüpfe und deshalb das subjektive Merkmal der Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderteneigenschaft außer Betracht zu bleiben habe (so im Anschluß an die frühere Rechtsprechung BAG 3, 203 [206] = AP Nr. 4 zu § 14 SchwBeschG, BAG 4, 101 [102] = AP Nr. 9 wie vorher und BAG 24, 264 [267] = AP Nr. 6 zu § 1 SchwBeschG, das gesamte Schrifttum zum neuen Recht: Gröninger, aaO, § 3 Anm. 8a und d, § 12 Anm. 4b und 5c; Jung-Cramer, Schwerbehindertengesetz, 1974, § 1 Anm. 2i, § 12 Anm. 2; Neubert-Becke, desgl., 1974, § 12 Anm. 15; Rewolle, desgl., § 12 Anm. V 8; Ritzer, desgl., 1974, § 12 Anm. 7; Weber, desgl., § 12 Anm. 10; Wilrodt-Neumann, aaO, § 12 Anm. 40), kommt nicht daran vorbei, daß in Fällen der vorliegenden Art das in § 12 SchwbG vorgesehene Zustimmungsverfahren nicht durchführbar ist. Es setzt nämlich notwendig voraus, daß die Schwerbehinderteneigenschaft oder doch ihre wesentliche Voraussetzung, der Grad der Erwerbsminderung, nach Maßgabe des § 3 SchwbG entweder bereits festgestellt ist oder darüber ein Verfahren bei der zuständigen Behörde, dem Versorgungsamt, läuft.

Sollte die Hauptfürsorgestelle - aufgrund welcher Umstände auch immer - mit einem Antrag auf Zustimmung zu einer beabsichtigten Kündigung befaßt werden, so könnte sie vor einer Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft keine Entscheidung zur Sache treffen, weil ihre Zuständigkeit ungeklärt wäre, die nur besteht, wenn über die Zustimmung zur Kündigung gegenüber einem Schwerbehinderten zu entscheiden ist. Die Hauptfürsorgestelle wäre auch nicht in der Lage, durch Rückfrage beim zuständigen Versorgungsamt zu ermitteln, weil dort noch kein Feststellungsverfahren anhängig wäre. Für eine Aussetzung des Zustimmungsverfahrens durch die Hauptfürsorgestelle würde es an einem sach-



lich gerechtfertigten Grund fehlen, weil dadurch die Entscheidungsfrist des § 15 Abs. 1 SchwbG unabsehbar hinausgeschoben würde.

In solchen Fällen bietet auch die Möglichkeit keinen vertretbaren Ausweg, daß die Hauptfürsorgestelle bis zur gesetzmäßigen Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft ein sog. Negativattest, d.h. einen Bescheid erteilt, nach dem ihre Zustimmung nicht erforderlich sei mit der Folge, daß das Fehlen der Zustimmung geheilt wäre (so Gröninger, aaO, § 3 Anm. 8d bb; Wilrodt-Neumann, aaO, § 3 Anm. 39 und § 12 Anm. 42). Dagegen spricht einmal, daß keineswegs gewiß ist, ob eine Hauptfürsorgestelle so verfährt; sie würde sich damit ihrer auf dem Gebiet der Fürsorge für die Schwerbehinderten liegenden Aufgabe aus formalen Gründen (fehlender Nachweis der Schwerbehinderteneigenschaft) entziehen. Hinzu kommt, daß ein Negativattest den Schutz des § 12 SchwbG stets und endgültig versagt, was nach der Auffassung des Senats – wie noch auszuführen ist – dem Sinn und Zweck des Schwerbehindertengesetzes nicht entspricht. Der Weg über das Negativattest würde schließlich zu praktisch undurchführbaren Auswirkungen für die Arbeitgeber und die beteiligten Behörden führen. Die Arbeitgeber müßten, um sich dagegen zu schützen, daß ihre Kündigung wegen Verletzung des § 12 SchwbG sich später als rechtsunwirksam herausstellt, praktisch vor jeder Kündigung vorsichtshalber bei der Hauptfürsorgestelle den Antrag auf Zustimmung zur Kündigung stellen, ein Ergebnis, dessen negative Seiten nicht näher dargestellt zu werden brauchen.

c) Die Unvereinbarkeit des Gesetzes mit der vom Landesarbeitsgericht und dem überwiegenden Teil des Schrifttums vertretenen Auffassung, daß auch bei der nachträglich (nach der Kündigung) beantragten und mit Rückwirkung getroffenen Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft die vor der Kündigung erteilte Zustimmung der Hauptfürsorgestelle notwendig gewesen sei, wird besonders augenfällig bei der außerordentlichen Kündigung. Während eine wegen Fehlens der Zustimmung der



- 12 -

Hauptfürsorgestelle rechtsunwirksame ordentliche Kündigung nach Durchführung des Zustimmungsverfahrens nunmehr mit Zustimmung der Hauptfürsorgestelle und jedenfalls insoweit rechtswirksam erneut ausgesprochen werden kann, ist dies im Fall der außerordentlichen Kündigung praktisch unmöglich.

Der Arbeitgeber, der in Unkenntnis der Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers diesem aus wichtigem Grunde kündigt und nachträglich aufgrund eines erst dann eingeleiteten Feststellungsverfahrens des Versorgungsamts erfährt, daß der Arbeitnehmer schwerbehindert ist, wird in diesem Augenblick wohl stets die Zweiwochenfrist seit seiner Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen, die § 18 Abs. 2 SchwbG für den Zustimmungsantrag vorschreibt, versäumt haben. In diesem Fall hat die Hauptfürsorgestelle den Antrag ohne weitere Prüfung abzulehnen. Damit verliert der Arbeitgeber sein Recht zur außerordentlichen Kündigung endgültig, auch wenn der Kündigungsgrund noch so schwerwiegend gewesen ist (Näheres dazu bei Gröninger, aaO, § 18 Anm. 3b; zu der entsprechenden Rechtsfolge bei Versäumung der Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB vgl. die Zusammenfassung in BAG 24, 341 = AP Nr. 3 zu § 626 BGB Ausschlußfrist [zu I 2 der Gründe], auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt).

Der Senat vermag nicht zu erkennen, daß der Gesetzgeber ein solches Ergebnis, wenn es ihm bewußt gewesen wäre, gebilligt hätte. Spätestens in diesem Zusammenhang hätte es einer Klarstellung bedurft, was gelten soll, wenn zur Zeit der Kündigung die Schwerbehinderteneigenschaft weder festgestellt noch ihre Feststellung von dem allein dazu berechtigten Behinderten beantragt ist.

d) Das Problem läßt sich auch nicht mit der Annahme lösen, daß für den Beginn der Schwerbehinderteneigenschaft auf den Zeitpunkt ihrer Feststellung gemäß § 3 SchwbG abgestellt und eine Rückwirkung des Feststellungsbescheids über den Tag der Antragstellung zurück abgelehnt wird (so offenbar für gewisse Fallgestaltungen Wilrodt-Neumann, aaO, § 3 Anm. 38 und § 12 Anm. 41, 42). Eine solche Auslegung des § 3 SchwbG läßt außer

- 13 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Betracht, daß nach neuem wie schon nach altem Recht die Schwerbehinderteneigenschaft, die sich aus dem tatsächlichen Eintritt der Behinderung herleitet, unmittelbar aus § 1 SchwbG folgt (allgemeine Ansicht; vgl. im Anschluß an BAG 5, 208 [210] = AP Nr. 11 zu § 14 SchwBeschG, BAG 8, 123 [124 f.] = AP Nr. 19 ebenda, AP Nr. 6 zu § 2 SchwBeschG [zu I 1 der Gründe] und BAG 24, 264 [266 f.] = AP Nr. 6 zu § 1 SchwBeschG zum neuen Recht Gröninger, aaO, § 1 Anm. 2a; Jung-Cramer, aaO, § 1 Anm. 2i; Neubert-Becke, aaO, § 3 Anm. 5; Rewolle, aaO, § 1 Anm. III 5; Ritzer, aaO, § 1 Anm. 5; Weber, aaO, § 1 Anm. 1 und § 3 Anm. 7; Wilrodt-Neumann, aaO, § 1 Anm. 11).

Demnach kann die Schwerbehinderteneigenschaft schon in einer Zeit bestehen, die vor der Stellung des Antrags nach § 3 SchwbG liegt. Dann ist aber auch die feststellende Behörde jedenfalls aus Rechtsgründen nicht gehindert, eine Feststellung für die Vergangenheit zu treffen, zumal nahezu allgemein angenommen wird, daß die Feststellung keine rechtsbegründende (konstitutive), sondern lediglich erklärende (deklaratorische) Wirkung habe (vgl. statt aller die Hinweise bei Wilrodt-Neumann, aaO, § 3 Anm. 37 in Verb. mit § 1 Anm. 11 ff.).

3. Das vorstehend dargelegte Ergebnis, daß die Kündigung im Fall der nachträglich beantragten und festgestellten Schwerbehinderteneigenschaft dem Zustimmungserfordernis des § 12 SchwbG nicht unterliegt, steht weder im Widerspruch zu dem Schutzcharakter des Schwerbehindertengesetzes noch ist es unbillig.

a) Der Senat geht von dem mit der Gesetzesnovelle, dem Gesetz zur Weiterentwicklung des Schwerbeschädigtenrechts vom 24. April 1974 (BGBl. I S. 981), verfolgten Ziel aus, die Rechtsstellung aller Schwerbehinderten im Berufsleben weiter zu verbessern (vgl. BT-Drucks. 7/656 und 7/1515). Dieses Ziel kann aber nur im Rahmen der gesetzlichen Regelung verwirklicht werden. Das Gesetz läßt aus den genannten Gründen nicht zu, einem Schwerbehinderten den Kündigungsschutz, der in Verfolg des Zustimmungsverfahrens durch die Hauptfürsorgestelle gewährt werden soll, auch dann zuteil werden zu lassen, wenn er selbst bis zum Augenblick der Kündigung sich nicht für schutzbedürftig



- 14 -

gehalten und deswegen die Feststellung seiner Schwerbehinderten-eigenschaft nicht betrieben hat.

b) Eine gegenteilige Auslegung des § 12 SchwbG würde zu einem allumfassenden und zeitlich unbegrenzten Kündigungsschutz für Schwerbehinderte führen. Ein solcher Schutz ist weder im Arbeitsrecht allgemein noch im Schwerbehindertenrecht im besonderen anerkannt.

aa) Der allgemeine Kündigungsschutz gemäß §§ 1, 2 KSchG besteht nur, wenn der Arbeitnehmer innerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 KSchG die vorgeschriebene Klage erhebt. Versäumt er die Frist, dann ist die Kündigung gemäß § 7 KSchG wirksam, auch wenn ihm jene Frist nicht bekannt war (Hueck, KSchG, 9. Aufl., § 5 Anm. 3).

bb) Der Kündigungsschutz gemäß § 9 MuSchG, der vom Schutzgedanken her besondere Parallelen zum Kündigungsschutz der Schwerbehinderten hat, besteht nur, wenn die mutterschaftlichen Voraussetzungen (Schwangerschaft oder Entbindung) spätestens innerhalb von zwei Wochen nach der Kündigung dem Arbeitgeber bekannt werden. Fehlt es daran, dann entfällt der Kündigungsschutz selbst dann, wenn die Arbeitnehmerin ihren Zustand erst nach Fristablauf erkennt, obwohl das die Schutzbedürftigkeit unverändert läßt. Im übrigen ist es allein Sache der Arbeitnehmerin, ob sie den Kündigungsschutz als Mutter in Anspruch nehmen will. Ist sie mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einverstanden, dann endet dieses trotz Schwangerschaft oder Entbindung (Bulla-Buchner, Mutterschutzgesetz, 1976, § 9 Anm. 73 f.).

cc) Auch der Kündigungsschutz des Schwerbehinderten nach neuem Recht ist nicht umfassend. Abgesehen davon, daß § 12 SchwbG als Verbotsnorm mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet ist und deshalb der Kündigungsschutz stets entfällt, wenn die Hauptfürsorge-stelle entweder zustimmt oder in der Annahme, es bedürfe ihrer Zustimmung nicht, ein sog. Negativattest erteilt (vgl. BAG 17, 1 [11 ff.] = AP Nr. 4 zu § 1 SchwBeschG [zu V der Gründe]), gibt es eine Reihe gesetzlicher Ausnahmen vom Zustimmungserfordernis (§ 17 SchwbG) oder dessen Auflockerung durch Aufstellung von

- 15 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Muß- oder Soll-Vorschriften (§§ 16, 18 Abs. 4 SchwbG). Im übrigen kann der Schwerbehinderte ebenso wie die unter Mutterschutz stehende Arbeitnehmerin auf die Geltendmachung des Kündigungsschutzes verzichten (Wilrodt-Neumann, aaO, § 12 Anm. 57).

dd) Aus alledem folgt, daß es keinen allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsatz gibt, nach dem der allgemeine oder der Kündigungsschutz besonders schutzbedürftiger Arbeitnehmergruppen zeitlich unbegrenzt oder unabhängig vom Wissen um den Schutztatbestand stets die Kündigung durch den Arbeitgeber ausschließt. Daher ist die hier vertretene Auslegung des § 12 SchwbG mit dessen Schutzzweck vereinbar.

c) Für diese Auslegung spricht schließlich, daß neben dem Sonderkündigungsschutz gemäß §§ 12 ff. SchwbG dem Schwerbehinderten uneingeschränkt der sonstige Kündigungsschutz für Arbeitnehmer zur Seite steht. Insbesondere unterliegen ordentliche Kündigungen unter den gesetzlichen Voraussetzungen der Nachprüfung auf ihre soziale Rechtfertigung (§§ 1, 2 KSchG), während außerordentliche Kündigungen nur wirksam sind, wenn ein wichtiger Grund gegeben ist (§ 626 BGB). In beiden Fällen kommt die Kündigung nur zum Zuge, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und nach Abwägung der Interessen beider Vertragsteile fristgemäß oder fristlos gerechtfertigt ist.

Bei dieser Prüfung, die im Streitfall die Gerichte für Arbeitssachen anzustellen haben, wird naturgemäß die (nachträglich vorgebrachte, zur Zeit der Kündigung aber schon vorhanden gewesene) Schwerbehinderteneigenschaft einer der ganz wesentlichen Umstände sein, die bei der Entscheidung zu beachten sind. Das Gericht kann dann letztlich aus denselben Gründen, aus denen die Hauptfürsorgestelle ihre Zustimmung zur Kündigung abgelehnt haben würde, die Kündigung als rechtsunwirksam erachten und der Kündigungsschutzklage stattgeben. Dabei ist insbesondere an solche Gründe zu denken, die im Zusammenhang mit der Behinderung stehen (vgl. den ausdrücklichen Hinweis auf diesen Bereich in § 18 Abs. 4 SchwbG), denn der im Schwerbehindertengesetz zum Ausdruck gelangte Schutz der Schwerbehinderten hat



vor allem den Zweck, ihnen den Arbeitsplatz zu erhalten und sie vor Kündigungen aus Gründen der Behinderung zu schützen (vgl. wegen weiterer Einzelheiten der an sich von der Hauptfürsorgestelle anzustellenden Prüfung Gröninger, aaO, § 15 Anm. 3; Wilrodt-Neumann, aaO, § 12 Anm. 74 f.). Auf diese Weise können die Gerichte für Arbeitssachen weitgehend oder sogar vollständig den Schutz gewähren, der dem Schwerbehinderten sonst im Zustimmungsverfahren der Hauptfürsorgestelle zuteil wird.

C. Für den Streitfall ergeben sich aus den Ausführungen zu B. die nachstehenden Folgerungen:

I. Der besondere Kündigungsschutz für Schwerbehinderte aufgrund der §§ 12 ff. SchwbG greift nicht ein, wenn die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers im Zeitpunkt der Kündigung weder nach Maßgabe des § 3 SchwbG festgestellt war noch der Arbeitnehmer einen Antrag auf Erteilung eines dahingehenden Bescheids gestellt hatte. Die Kündigung der Beklagten vom 30. Januar 1975 ist somit nicht deshalb rechtsunwirksam, weil ihr die Hauptfürsorgestelle nicht vorher zugestimmt hatte. Da das Landesarbeitsgericht von der gegenteiligen Rechtsansicht ausgegangen ist, mußte sein Urteil aufgehoben werden.

II. Der Senat kann nicht abschließend in der Sache entscheiden. Über die vom Kläger frist- und formgerecht als Kündigungsschutzklage erhobene Klage hat das Landesarbeitsgericht nicht befunden. Damit dies nachgeholt werden kann, war die Sache gemäß § 565 ZPO an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Bei Prüfung der Sozialwidrigkeit der Kündigung wird das Landesarbeitsgericht insbesondere die Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers zu berücksichtigen haben (s. oben zu B II 3 c). Weitere Hinweise hält der Senat ebensowenig für geboten wie ein Eingehen auf weitere Rechtsausführungen der Parteien, die sich auf Nebenpunkte beziehen, auf die es nach der hier vertretenen Lösung der entscheidungserheblichen Frage nicht ankommt.

gez.: Dr. Gröninger

Hillebrecht

Dr. Jobs

Dr. Bächle

G. Fink



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

