

Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 5/2012 –

16.05.2012

Sonderkündigungsschutz schwerbehinderter bzw. ihnen gleichgestellter Arbeitnehmer und dessen Verwirkung Anmerkung zu BAG, Urt. v. 23.02.2010 – 2 AZR 659/08 –

von Prof. Dr. Katja Nebe und Aimee Waldon, wiss. Mitarbeiterin, Universität Bremen

I. Thesen der Autorinnen

Bei gleichbleibender Rechtsprechung besteht Handlungsbedarf, eine Frist zur Geltendmachung für den Sonderkündigungsschutz gemäß § 85 SGB IX gesetzlich und transparent zu verankern.

II. Wesentliche Aussagen der Entscheidung

- 1. Der schwerbehinderte Arbeitnehmer verwirkt das Recht auf den gesetzlichen Sonderkündigungsschutz nicht nach § 242 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), wenn er die Unwirksamkeit der Kündigung wegen § 85 SGB IX innerhalb der Klagefrist des § 4 S. 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) gerichtlich geltend gemacht hat, die Klagebegründung dem Arbeitgeber jedoch erst nach Fristablauf zuge stellt wird.**
- 2. Für die Geltendmachung genügt der Hinweis, die Kündigung sei mangels**

Unterrichtung des Integrationsamtes unwirksam.

III. Der Fall

Jüngere Entscheidungen¹ geben erneut² Anlass, sich mit der Verwirkung des Sonderkündigungsschutzes gemäß § 85 SGB IX zu befassen. Ausgangspunkt für diesen Beitrag ist ein konkretes Kündigungsschutzverfahren, in dem eine schwerbehinderte Arbeitnehmerin die Unwirksamkeit zweier ordentlicher betriebsbedingter Kündigungen geltend macht.³ Die beklagte Arbeitgeberin hatte mit dem Betriebsrat über eine Betriebsstilllegung verhandelt, einen Interessenausgleich und Sozialplan vereinbart und nach ordnungsgemäßer Anzeige der geplanten Massenentlassung gegenüber der Klägerin eine Kündigung am 29. November 2006 ausgespro-

¹ BAG, 09.06.2011 – 2 AZR 703/09 – NZA 2012, 56; LAG Düsseldorf, 08.09.2011 – 5 Sa 672/11 – AuR 2011, 503; LAG Köln, 11.02.2011 – 10 Sa 1207/10 – NZA-RR 2011, 459.

² Siehe auch *Gagel* Forum B Diskussionsbeitrag Nr. 5/2010.

³ BAG, 23.02.2010 – 2 AZR 659/08 – NZA 2011, 411.

chen, die dieser am 30. November 2006 zugegangen war. Hiergegen hatte die Klägerin am 15. Dezember 2006 Kündigungsschutzklage erhoben. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2006, tags darauf bei Gericht eingegangen und der Beklagten am 28. Dezember 2006 zugestellt, hatte die Klägerin erstmals geltend gemacht, dass das Integrationsamt der Kündigung nicht zugestimmt hatte. Nachdem das Integrationsamt seine daraufhin von der Arbeitgeberin beantragte Zustimmung zur Kündigung erteilt hatte, kündigte diese erneut. Im Prozess machte sie geltend, das klägerische Schreiben vom 20. Dezember 2006 habe die Inanspruchnahme des Sonderkündigungsschutzes zu spät und nicht hinreichend deutlich erkennen lassen.

IV. Die Entscheidung

Der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAG) hielt die erste Kündigung mangels Zustimmung des Integrationsamtes für unwirksam, §§ 85 SGB IX, 134 BGB. Deren Scheitern hatte indirekte, aber wesentliche Auswirkungen auf die zweite, mit Zustimmung des Integrationsamtes erklärte Kündigung.

Die soziale Rechtfertigung einer Kündigung setzt gemäß § 1 Abs. 3 KSchG eine negative Zukunftsprognose, im Falle einer betriebsbedingten Kündigung eine fehlende betriebliche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit voraus. Diese Prognose wird anhand der Tatsachen beurteilt, wie sie sich zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung (maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt), hier also der zweiten Kündigung, darstellten. Damit mussten im vorliegenden Fall die tatsächlichen Entwicklungen nach der ersten Kündigung berücksichtigt werden, die sich unstreitig Anfang 2007 geändert hatten, als von einer vollständigen Betriebsstilllegung nicht mehr sicher ausgegangen werden konnte. Der 2. BAG-Senat verwies die Sache daher

zurück. Der Fokus liegt im Folgenden allein auf den Ausführungen des Senats zur Geltendmachung des Sonderkündigungsschutzes hinsichtlich der ersten Kündigung.

Dazu knüpfte der Senat an die bisherige Rechtsprechung an. Ist, wie im vorliegenden Fall, die Schwerbehinderung bereits durch Bescheid festgestellt, genießt der schwerbehinderte Arbeitnehmer Sonderkündigungsschutz unabhängig von der Kenntnis des Arbeitgebers.⁴ Zum Schutz des Arbeitgebers verlangt die Rechtsprechung jedoch die rechtzeitige Geltendmachung und bemisst deren äußerste Grenzen anhand des Grundsatzes der Verwirkung. Hierzu wiederholte der Senat die drei wesentlichen von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien⁵:

- Zum Zwecke des Vertrauensschutzes gehe es nicht allein darum, den Schuldner stets dann von seiner Verpflichtung (hier den Arbeitgeber von der Beachtung des Sonderkündigungsschutzes) zu befreien, wenn der Gläubiger sich längere Zeit nicht auf seine Rechte berufen habe; allein ein *Zeitmoment* sei noch nicht ausreichend.
- Hinzutreten müsse vielmehr ein *Umstandsmoment*. Danach müsse der Berechtigte unter Umständen untätig geblieben sein, die annehmen lassen, er wolle sein Recht (der Arbeitnehmer seinen Sonderkündigungsschutz) nicht mehr wahrnehmen, so dass sich der Verpflichtete darauf einrichten durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden.
- Letztlich müsse das Vertrauen des Verpflichteten wiederum das Erfüllungsinteresse des Berechtigten überwiegen.

Der 2. Senat bestätigte diese Grundsätze und verlangte, dass sich die Klägerin inner-

⁴ BAG, 12.01.2006 – 2 AZR 539/05 – Rn. 15, AP Nr. 3 zu § 85 SGB IX = NZA 2006, 1035.

⁵ BAG, 13.02.2008 – 2 AZR 864/06 – BAGE 125, 345.

halb von drei Wochen nach Kündigungszugang auf ihre Schwerbehinderung berufen haben müsse. Allerdings betonte der Senat zugleich, dass es sich bei der Dreiwochenfrist lediglich um eine Regelfrist handle, deren Überschreiten zwar regelmäßig, aber nicht zwingend zur Verwirkung führe.⁶ Die Arbeitnehmerin hatte die Mitteilung an die Arbeitgeberin zwar nicht innerhalb der dreiwöchigen Regelfrist bewirkt. Allerdings wurde ihr Hinweis auf den bestehenden Sonderkündigungsschutz mit der **zeitnahen Zustellung** der fristgerecht erhobenen Klage an die Arbeitgeberin übermittelt. Dies sah der Senat nicht als illoyal verspätete Geltendmachung an, selbst wenn zwischen dem Ende der dreiwöchigen Frist und der Zustellung eine weitere Woche verstrichen war. Die Klägerin konnte sich damit selbst bei einer Information über ihre Schwerbehinderung erst vier Wochen nach Kündigungszugang noch erfolgreich auf den Sonderkündigungsschutz berufen.

V. Würdigung/Kritik

Der Sonderkündigungsschutz zugunsten schwerbehinderter Beschäftigter wirft nach wie vor komplexe Fragen auf. Die hier besprochene, im Ergebnis zutreffende Entscheidung fügt sich in die gefestigte Rechtsprechung ein. Sie gibt Gelegenheit, die Grundlagen zu skizzieren und zugleich Unzulänglichkeiten aufzuzeigen.

1. Voraussetzungen und Grenzen des Sonderkündigungsschutzes

Die Kündigung eines schwerbehinderten Beschäftigten/Gleichgestellten ist, wenn sie **ohne vorherige Zustimmung des Integrationsamtes** ausgesprochen wird, **grundsätzlich unwirksam, §§ 85 SGB IX**, 134

⁶ BAG, 12.01.2006 – 2 AZR 539/05 (Fn. 4); BAG 23.02.2010 – 2 AZR 659/08 – (Rn.16) – NZA 2011, 411.

BGB.

Da nicht jede (Schwer-)Behinderung offensichtlich oder dem Arbeitgeber bekannt ist, sind (richter-)rechtlich verschiedene Einschränkungen für die Inanspruchnahme des Sonderkündigungsschutzes formuliert worden, auf die der 2. Senat auch hier in gewohnter Weise zurückgreift. Danach ist die vorherige Zustimmung des Integrationsamtes immer dann erforderlich:

- wenn die Schwerbehinderung für den Arbeitgeber **offenkundig** (z. B. Taubheit oder Blindheit) ist oder
- wenn sie bereits durch Feststellung des Integrationsamtes **amtlich nachgewiesen** ist (§ 90 Abs. 2a SGB IX) oder
- wenn der **Antrag auf Feststellung so rechtzeitig⁷ gestellt** worden ist, dass das Integrationsamt noch vor Ausspruch der Kündigung über die Schwerbehinderung hätte entscheiden können, und die Verzögerung nicht an der fehlenden Mitwirkung des schwerbehinderten Menschen liegt (§ 90 Abs. 2a SGB IX).

Dabei kommt es in den beiden letzten Fällen zunächst nicht darauf an, dass der Arbeitgeber über die Feststellung oder deren Beantragung informiert worden ist.

Vom Sonderkündigungsschutz ausgeschlossen sind infolge der im Jahr 2004 in **§ 90 Abs. 2a SGB IX** eingefügten⁸ Regelung nur diejenigen, die mit der Feststellung einer nicht offensichtlich erkennbaren Schwerbehinderung zuwarten, bis eine Kündigung unmittelbar bevorsteht.⁹

Angesichts der ebenfalls im Jahr 2004 vor-

⁷ Mindestens drei Wochen vor Kündigung, LAG Köln, 11.02.2011 – 10 Sa 1207/10 – NZA-RR 2011, 459.

⁸ Zweck der Regelung war es, aussichtslose Anerkennungsverfahren auszuschließen, BT-Drs. 15/2357, S. 24.

⁹ Diese Regelungen gelten auch für gleichgestellte Arbeitnehmer, vgl. jüngst LAG Chemnitz, 17.05.2011 – 5 Sa 493/10 mit Anm. Beyer jurisPR-ArbR 46/2011, Anm. 3.

genommenen Änderungen im Kündigungsschutzgesetz verliert der Arbeitnehmer seinen Sonderkündigungsschutz, wenn er nicht innerhalb der **allgemeinen dreiwöchigen Klagefrist** (§ 4 KSchG) Kündigungsschutzklage erhebt und zwar unabhängig von der Betriebsgröße (vgl. § 23 Abs. 1 KSchG). War die Schwerbehinderung offensichtlich oder war deren Nachweis (Feststellungsbescheid oder Ausweis) dem Arbeitgeber bekannt, dann läuft die dreiwöchige Klagefrist erst ab Bekanntgabe des Bescheides des Integrationsamtes, § 4 S. 4 KSchG. Hat der Arbeitgeber also trotz Kenntnis das Zustimmungserfordernis des § 85 SGB IX missachtet, kann der Arbeitnehmer ohne Beachtung der Dreiwochenfrist bis zur Grenze der Verwirkung klagen.¹⁰

Mit dem Stichwort „Verwirkung“ ist eine Kontroverse verbunden, die den Sonderkündigungsschutz allgemein und den hier besprochenen Fall insbesondere ausmacht. Abgesehen von § 4 S. 4 KSchG begrenzt die Rechtsprechung den Sonderkündigungsschutz seit jeher auch in den Fällen, in denen der Arbeitgeber keine Kenntnis vom Sonderkündigungsschutz hat, und zwar aus Billigkeitsgesichtspunkten unter Verweis auf den **Grundsatz der prozessualen Verwirkung des Sonderkündigungsschutzes**. Wie oben bereits ausgeführt, schließt sich der 2. Senat der bisherigen Rechtsprechung an. Der Senat stimmt damit der überwiegenden Auffassung zu, dass unter grundsätzlicher Abwägung der beiderseitigen Interessen eine loyale Berufung auf den Sonderkündigungsschutz im Prozess nur möglich ist, wenn dem Arbeitgeber innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung **die den Sonderkündigungsschutz begründenden Tatsachen mitgeteilt** worden sind.¹¹ Der 2. Senat hat die Entscheidung

zum Anlass genommen, den Grundsatz an sich zu bestätigen, dessen **Ausnahmen** jedoch vor dem Hintergrund des Sachverhaltes näher **zu konkretisieren**.

2. Ausnahmen vom Grundsatz der Verwirkung

Wie der 2. Senat hier haben inzwischen mehrere Gerichte konkrete Sachverhalte zum Anlass genommen, von der grundsätzlichen Verwirkung nach drei Wochen Ausnahmen anzuerkennen.¹² Ungeachtet möglicher grundlegender Bedenken gegen die Verwirkungsrechtsprechung (dazu unter 4.) ist dem Senat jedenfalls insoweit uneingeschränkt zuzustimmen, dass auch die mit der fristgerecht erhobenen Kündigungsschutzklage mitgeteilte Schwerbehinderung noch keine illoyale Berufung auf den Sonderkündigungsschutz darstellt, wenn sie dem Arbeitgeber erst nach Fristablauf zugeht.¹³ Das Ergebnis deckt sich mit dem im Prozessrecht verankerten Grundsatz der Rückwirkung. Gemäß § 167 Zivilprozessordnung (ZPO) wird ganz allgemein von der **Rückwirkung** eines der Gegenseite zwar erst nach Fristablauf zugegangenen Schriftstückes ausgegangen, wenn das Schriftstück jedenfalls fristgerecht bei Gericht eingegan-

Annahme einer Verwirkung auf drei Wochen herabgesetzt, um zwischen Klagefrist und Mitteilung der Schwerbehinderung einen zeitlichen Gleichlauf herzustellen, zuletzt BAG, 09.06.2011 – 2 AZR 703/09-NZA 2012, 56; erstmals BAG, 12.01.2006 – 2 AZR 539/05 – NZA 2006, 1035.

¹² LAG München, 23.07.2009 – 4 Sa 1049/08 – NZA-RR 2010, 19: keine Verwirkung bei geringfügigem Überschreiten wegen besonderer Umstände, wie z. B. bereits länger bestehender und auf einem Arbeitsunfall beruhender Erkrankung, die die Schwerbehinderung zumindest vermuten lässt; ablehnend Kreitner, jurisPK-SGB IX, § 90 Rn. 32.2.; andererseits Verwirkung bei Mitteilung sechs Wochen nach Kündigungszugang LAG Köln, 11.02.2011 – 10 Sa 1207/10 – NZA-RR 2011, 459. Zu den Abweichungen von der vierwöchigen Verwirkungsfrist noch BAG, 12.01.2006 – 2 AZR 539/05 – DB 2006, 1503.

¹³ So auch LAG Düsseldorf, 08.09.2011 – 5 Sa 672/11 – AuR 2011, 503.

¹⁰ BAG, 09.02.2011 – NZA 2011, 854; BAG, 13.02.2008 – 2 AZR 864/06 – NZA 2008, 1055.

¹¹ Mit der Erstreckung des § 4 KSchG auf alle Unwirksamkeitsgründe im Jahr 2004 hat die Rechtsprechung ihre frühere Monatsfrist für die

gen und der Gegenseite demnächst zugestellt worden ist. Dem Senat ist daher in jedem Fall zuzustimmen, dass die Arbeitgeber **zumindest die Zustellung der Klage abwarten** müssen.

3. Offenbarung zur Sicherung des Sonderkündigungsschutzes

Ob sich der Arbeitnehmer noch auf Sonderkündigungsschutz berufen kann oder derselbe bereits verwirkt ist, hängt praktisch häufig davon ab, dass dessen **Inanspruchnahme hinreichend klar und unmissverständlich kommuniziert** worden ist. Auch im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber moniert, die Klägerin habe in der Klagebegründung nicht hinreichend zu erkennen gegeben, dass sie Sonderkündigungsschutz in Anspruch nehmen wolle. Dem ist der 2. Senat zutreffend entgegengetreten. Der **Hinweis** in der Klagebegründung, das **Integrationsamt sei nicht informiert** worden und die Kündigung daher unwirksam, hielt der Senat zutreffend für ausreichend; er liegt auch insoweit ganz auf einer Linie mit anderen Entscheidungen, die an die Kommunikation des Sonderkündigungsschutzes **keine hohen Anforderungen** stellen. So wird für die **Geltendmachung des Sonderkündigungsschutzes** richtigerweise keine besondere Form verlangt. Da es ausschließlich bei der Kündigung von schwerbehinderten/ gleichgestellten Arbeitnehmern der Zustimmung des Integrationsamtes bedarf, reicht ein Hinweis auf die Unwirksamkeit der Kündigung wegen dessen fehlender Unterrichtung.¹⁴ Darüber hinaus reicht es z. B., wenn der Arbeitgeber durch eine Stellungnahme des Betriebsrates von der Schwerbehinderung Kenntnis erlangt.¹⁵ Der Informationsweg ist nicht entscheidend.¹⁶ Ist die Schwer-

behinderung/Gleichstellung noch nicht festgestellt, genügt es, dem Arbeitgeber mitzuteilen, dass ein Antrag beim Versorgungsamt gestellt ist; es obliegt dann dem Arbeitgeber, zumindest vorsorglich die Zustimmung zur Kündigung zu beantragen.¹⁷

4. Grundlegende Bedenken gegen die Verwirkungsrechtsprechung

Ungeachtet dessen, dass die Entscheidung im Ergebnis Zustimmung verdient, bestehen erhebliche Bedenken gegen die Konstruktion einer prozessualen Verwirkung des Sonderkündigungsschutzes. Hintergrund für die Verwirkungsrechtsprechung ist der Vertrauensschutz, den die Arbeitgeber bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen berechtigter Weise in Anspruch nehmen dürfen und für den bei nicht offensichtlichen Schwerbehinderungen unverhältnismäßige Beeinträchtigungen befürchtet werden. Die Prämisse baldiger Rechtssicherheit zugunsten der Arbeitgeber wird grundsätzlich belegt durch die einheitliche Klagfrist in § 4 S. 1 KSchG mit der Fiktionswirkung in § 7 KSchG.¹⁸ Allerdings belegt § 6 KSchG ungeachtet dessen zugleich die allgemeine gesetzgeberische Annahme, dass im Falle einer aus mehreren Gründen in Betracht kommenden Unwirksamkeit einer Kündigung nicht sämtliche Unwirksamkeitsgründe mit der Kündigungsschutzklage geltend gemacht werden müssen, sondern weitere Unwirksamkeitsgründe auch im Prozessverlauf, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorgetragen werden können. Eine Pflicht, dem Arbeitgeber endgültig alle in Betracht kommenden Gründe mitzuteilen, besteht, vor allem im Hinblick auf den weit auszulegenden § 6 KSchG¹⁹,

¹⁴ BAG, 23.02.2010 – 2 AZR 659/08 – NZA 2011, 411.

¹⁵ BAG, 20.01.2005 – 2 AZR 675/03 – NZA 2005, 689.

¹⁶ A. A. *Dick/Windeln*, ArbRB 2006, 272 (274 f.).

¹⁷ BAG, 09.06.2011 – 2 AZR 703/09 – NZA 2012, 56, Mitteilung von Datum o. Aktenzeichen nicht erforderlich.

¹⁸ So auch BT-Drs. 15/1204, S. 9.

¹⁹ KDZ/*Zwanziger*, § 6 KSchG Rn.4; KR-*Friedrich* Rn. 16.

nicht.²⁰ Danach bleibt gemäß § 6 S. 1 KSchG bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz die Möglichkeit, sich auf Unwirksamkeitsgründe zu berufen, die nicht innerhalb der Klagefrist geltend gemacht worden sind. Der Sonderkündigungsschutz zählt zu diesen Unwirksamkeitsgründen.²¹ Eine Obliegenheit, die Schwerbehinderung innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist gerichtlich geltend zu machen, steht somit im Widerspruch zu § 6 KSchG.²² Auch in anderen Fällen kann sich eine Prozessverzögerung ergeben, die von den Parteien grundsätzlich hinzunehmen ist; so beispielsweise bei vor Ausspruch der Kündigung dem Arbeitgeber noch unbekanntem Kündigungsgründen, die ihm gleichwohl die Möglichkeit belassen, den Betriebsrat nachträglich anzuhören, um diese weiteren Gründe anschließend gemäß § 6 S. 1 KSchG nachzuschieben.²³

Die Verwirkungsgrundsätze verengen den Blick zudem einseitig auf Missbrauchskonstellationen und übersehen den hohen Stellenwert des Selbstbestimmungsrechts, wie es dem heutigen Teilhaberecht zugrunde liegt (vgl. § 2 SGB IX). Insbesondere für die Situationen behinderter oder schwerbehinderter Menschen kann es durchaus plausibel oder zumindest nachvollziehbar sein, sich nicht unnötig offenbaren zu müssen und zunächst mit reduziertem Vortrag auf einen Erfolg der Klage zu setzen. Dieses Anliegen kann nicht grundsätzlich als treuwidrig im Sinne von § 242 BGB gelten und damit automatisch zu einer prozessualen Anspruchsverwirkung führen.²⁴

Die Verwirkungsrechtsprechung steht zudem im Kontrast zur neuesten Rechtsprechung

des 6. BAG-Senats.²⁵ Danach wird dem Arbeitgeber im mehr als sechs Monate bestehenden Arbeitsverhältnis jedenfalls das Recht zuerkannt, im Vorfeld beabsichtigter Kündigungen nach einer Schwerbehinderung beziehungsweise Gleichstellung zu fragen, um den gesetzlichen Anforderungen im Zusammenhang mit der Sozialauswahl, gemäß § 1 Abs. 3 KSchG die Schwerbehinderung zu berücksichtigen, und der Einschaltung des Integrationsamtes, § 85 SGB IX, zu entsprechen.²⁶ Bei der Annahme eines solchen Fragerechts²⁷ wäre ein schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitgebers im Sinne der Verwirkungsrechtsprechung jedenfalls nicht mehr anzunehmen.

²⁵ BAG, 16.02.2012 – 6 AZR 553/10 – veröffentlicht in juris; vorgehend LAG Hamm 30.06.2010 – 2 Sa 49/10 – AE 2011, 231 mit Anm. Porsche in Diskussionsbeitrag B8-2011.

²⁶ Der 6. BAG-Senat geht davon aus, dass die Frage nach der Schwerbehinderung jedenfalls im mehr als sechs Monate bestehenden Arbeitsverhältnis zur Vorbereitung von beabsichtigten massenhaften Kündigungen zulässig und der Arbeitnehmer aufgrund seiner Rücksichtnahmepflicht gem. § 241 II BGB zur wahrheitsgemäßen Beantwortung verpflichtet sei. Der 6. Senat führt die präventiven Schutzpflichten des Arbeitgebers zugunsten schwerbehinderter Beschäftigter und die erforderliche Kenntnis von der Schwerbehinderung an (vgl. BAG, Fn. 25, dort Rn. 21). Insoweit lassen sich Parallelen zum ausnahmsweise zulässigen tätigkeitsneutralen Fragerecht bei Einstellung ziehen, wenn der Arbeitgeber zur Erfüllung positiver Maßnahmen ausnahmsweise und unter Beachtung wichtiger Verfahrensregeln nach der Schwerbehinderung fragen darf, vgl. dazu *Porsche*, Diskussionsbeitrag B8-2011; die Entscheidung des 6. Senats vom 16.02.2012 (vgl. Fn. 25) wird sicher für Diskussion sorgen. In der Literatur wird schon jetzt angeführt, der Sonderkündigungsschutz bestünde auch bei wahrheitswidriger Beantwortung fort, so *APS/Kiel*, 4. A. 2012, § 1 Rn.735. Kritisch zu hinterfragen bleibt, ob der Arbeitgeber gerade vor dem Hintergrund nicht seltener Stigmatisierungen nicht doch zumindest den Anlass seiner Frage konkret offen legen muss (so für die ausnahmsweise zulässige tätigkeitsneutrale Frage *Porsche*, B8-2011; a. A. aber der 6. BAG-Senat a. a. O.).

²⁷ Zu (Un-)Zulässigkeit des tätigkeitsneutralen Fragerechts im Einstellungsprozess *Porsche*, Diskussionsbeitrag B8-2011.

²⁰ So auch *Gehlhaar* NZA 2011,673 (674) m. w. N.

²¹ *Griebeling* in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 85 Rn. 36a.

²² *Gagel* Forum B Diskussionsbeitrag Nr. 5/2010.

²³ *KDZ/Zwanziger* Einleitung Rn.551.

²⁴ Ausführlich *Gagel* Forum B Diskussionsbeitrag Nr. 5/2010.

VI. Fazit

Für die betroffenen Arbeitnehmer ist die Rechtslage mehr als intransparent. Die dreiwöchige Mitteilungsobliegenheit steht im Widerspruch zum Wortlaut der §§ 85 SGB IX, 4, 6 KSchG. Will die Rechtsprechung trotz des neuerdings vom 6. Senat anerkannten Fragerechts an der Verwirkungsrechtsprechung festhalten, wogegen jedoch grundsätzliche Bedenken im Vergleich zu anderen Unwirksamkeitsgründen bestehen,

bedarf es zumindest dringend einer gesetzlichen Klarstellung, gegebenenfalls flankiert durch Aufklärungspflichten oder Aushangpflichten.²⁸ Andernfalls besteht die Gefahr, dass sich zahlreiche Berechtigte nicht rechtzeitig auf ihren Schutz berufen.

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.

²⁸ Z. B. angelehnt an § 18 Mutterschutzgesetz (MuSchG) – zur zwar nicht identischen, zumindest aber vergleichbaren Problematik im Bereich der mitzuteilenden Schwangerschaft *Nebe* EuZA 2010, 322.