

## Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement  
– Diskussionsbeitrag Nr. 5/2010 –

22.07.2010

### **Bedenken gegen die BAG-Rechtsprechung zur Verwirkung des Sonderkündigungsschutzes für schwerbehinderte Arbeitnehmer**

*von Dr. Alexander Gagel*

Ein jüngeres Urteil des LArbG München (23.7.2009 – 4 Sa 104908 -) gibt Veranlassung, sich intensiv mit der Rechtsprechung des BAG auseinanderzusetzen, die den Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX von der Geltendmachung innerhalb der Frist für die Kündigungsschutzklage (§ 4 Abs. 1 KSchG) abhängig macht. Es wird dabei deutlich werden, dass diese Rechtsprechung nicht tragfähig ist, insbesondere dem Selbstbestimmungsrecht des schwerbehinderten Menschen zuwiderläuft.

Dr. Alexander Gagel  
Anja Hillmann-Stadtfeld  
Dr. Hans-Martin Schian

#### **I. These des Autors:**

**Auch die Geltendmachung des Sonderkündigungsschutzes nach § 85 SGB IX ist nur an die Begrenzungen in § 4 Abs. 1 und § 6 KSchG gebunden.**

Es geht hier um die Frage der Verwirkung des Sonderkündigungsschutzes schwerbehinderter Arbeitnehmer (§ 85 ff SGB IX)

durch **verspätete Mitteilung der Schwerbehinderteneigenschaft an den Arbeitgeber**. Das Wirksamwerden des Sonderkündigungsschutzes erfordert, dass entweder die Schwerbehinderung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nachgewiesen ist oder der Antrag auf Anerkennung so frühzeitig gestellt worden war, dass die zuständige Stelle bei Wahrung der gesetzlichen Bearbeitungsfristen noch vor Zugang der Kündigung hätte entscheiden können (§ 90 Abs. 2a SGB IX).

Das **BAG** hat dazu entschieden, dass der **Sonderkündigungsschutz verwirkt** ist, wenn der Arbeitnehmer die Anerkennung als schwerbehinderter Mensch (oder ggf. die rechtzeitige Antragstellung) seinem Arbeitgeber nicht innerhalb von **drei Wochen** nach Zugang der Kündigung mitgeteilt hat.<sup>1</sup> Bei Vorliegen besonderer Umstände könne diese Frist überschritten werden. Das BAG wollte damit verhindern, dass noch in späteren Phasen des Verfahrens der Arbeitgeber mit der Mitteilung der Schwerbehinderteneigenschaft überrascht wird und das

<sup>1</sup> BAG AP Nr. 3 zu § 85 SGB IX i. V. m. BAG AP Nr. 5 zu § 85 SGB IX jeweils m. w. N.

Verfahren dadurch eine neue Wendung nimmt.<sup>2</sup> Es hat sich zur Erreichung dieses Ziels der Rechtsfigur der „**prozessualen Verwirkung**“<sup>3</sup> bedient. In Anlehnung an die Frist für die Anrufung des Arbeitsgerichts nach § 4 Satz 1 KSchG hat es eine Regelfrist von (nunmehr) drei Wochen<sup>4</sup> benannt, jedoch hinzugefügt, dass diese **bei Vorliegen besonderer Umstände auch übersritten** werden könne. Hierzu zählt das BAG Fälle, in denen Umstände bekannt waren, die das Vorliegen einer Schwerbehinderung nahelegten und es ermöglichten, vorsorglich das Integrationsamt einzuschalten.<sup>5</sup>

## II. Der Beispielsfall

Das LArbG München (Urt. v. 23.7.2009 – 4 Sa 1049/08) hatte folgenden Fall zu entscheiden:

Der Kläger (geb. 1949) beehrte die Feststellung der Unwirksamkeit einer Arbeitgeberkündigung. Er war ab 1. November 2006 als Kehrmaschinenfahrer beschäftigt. Seit 14. April 2004 ist er als schwerbehinderter Mensch mit einem GdB von 50 anerkannt. Seiner Arbeitgeberin hat er dies zunächst nicht ausdrücklich mitgeteilt. Anfang Oktober erlitt er einen Arbeitsunfall, in dessen Folge er bis Anfang Mai 2008 krank geschrieben worden war. Am 10. Mai 2008 wurde er weiter krank geschrieben.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit ordentlicher Kündigungsfrist (zugegangen am 18.06.2008). Mit der hiergegen erhobenen Klage (der Arbeitgeberin zugestellt am 12.07.2008) machte der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung geltend und be-

rief sich dabei auf seine Anerkennung als schwerbehinderter Mensch; die Kündigung sei unwirksam, weil die Zustimmung des Integrationsamtes (§ 85 SGB IX) gefehlt habe. Die Beklagte macht demgegenüber unter Berufung auf Rechtsprechung des BAG geltend, der Sonderkündigungsschutz aus § 85 SGB IX sei verwirkt, weil der Kläger die Schwerbehinderung nicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt habe (Überschreitung von drei Tagen). Der Kläger hält dem entgegen, dass die Beklagte die Überschreitung der Frist hinnehmen müsse, weil die ihr bekannten Tatsachen (Arbeitsunfall, lange Arbeitsunfähigkeit, Zubilligung von zusätzlichem Urlaub wegen Schwerbehinderung) auf eine Schwerbehinderung schließen ließen.

Die Klage hatte in erster Instanz keinen Erfolg. Das LArbG München hat jedoch der Berufung des Klägers stattgegeben. Gestützt wird das Urteil mit der Begründung, aus den Umständen hätten sich Anhaltspunkte ergeben, die eine Schwerbehinderung nahegelegt hätten. Dies mindere das Bedürfnis nach Vertrauensschutz des Arbeitgebers mit der Folge, dass er kleinere Überschreitungen der Mitteilungsfrist hinnehmen müsse. Das Gericht setzt damit die Rechtsprechung des BAG (s. Fußn. 1) zur Mitteilungsfrist und zu den Voraussetzungen für die Hinnahme von Überschreitungen folgerichtig um.

## III. Würdigung und Kritik

Der Gedanke der Verwirkung, auf den sich diese Rechtsprechung stützt, erscheint indes nicht tragfähig; sie bietet auch keinen Maßstab für die Dauer einer zulässigen Fristüberschreitung.

Es geht hier um ein **Verhalten im Prozess**. In diesem Bereich wird Verzögerungen entgegengewirkt durch spezielle Frist- und Präklusionsvorschriften. Im Kündigungsschutzprozess gibt es eine zweistufige

<sup>2</sup> vgl. u. a. BAG AP Nr. 1 zu § 85 SGB IX

<sup>3</sup> Zu diesem Begriff siehe BAG, AP Nr. 4 zu § 18 SchwbG; AP Nr. 46 zu § 242 BGB Verwirkung; AP Nrn. 1 und 5 zu § 242 BGB Prozesswirkung

<sup>4</sup> BAG AP Nr. 5 zu § 85 SGB IX

<sup>5</sup> BAG AP Nr. 3 zu § 85 SGB IX

Regelung. Der Klageanspruch muss binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung erhoben werden (§ 4 Satz 1 KSchG); weiterer **Vortrag ist bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung** erster Instanz zulässig (§ 6 KSchG). Diese Vorschriften enthalten eine **gesetzliche Abwägung der Interessen** der Streitparteien. Eine **Ausdehnung** der Präklusion durch die Rechtsprechung hält das BAG selbst für **unzulässig**. Die zusätzliche Installierung einer prozessualen Verwirkung, die einer Präklusion im Ergebnis gleichkommt, ist deshalb nur möglich, wo aussergewöhnliche Umstände vorliegen, die von den prozessrechtlichen Begrenzungen des KSchG nicht erfasst werden und einen zusätzlichen Schutz des Gegners erfordern. Eine derartige Basis fehlt hier.

Der Gedanke der **Verwirkung** ist eine **Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben**. Sie kommt in Betracht, wenn ein Berechtigter entgegen den Erwartungen eine Handlung über längere Zeit nicht vornimmt und sein Verhalten das Vertrauen schafft, er habe sich abgefunden und werde sein Recht nicht mehr geltend machen.<sup>6</sup> Sie erfordert **immer ein Zeitpunkt und ein Umstandsmoment**.<sup>7</sup> Damit die Unterscheidung zur Präklusion deutlich bleibt, gilt dies besonders für die prozessuale Verwirkung.

Schon das **Zeitmoment** macht Probleme. Es liegt nicht auf der Hand, dass eine Überschreitung der Frist von drei Wochen als außergewöhnlich lange Zeit anzusehen ist. Es müsste schon bei dieser Frage hinzukommen, dass den Umständen nach eine **Mitteilung der Schwerbehinderteneigenschaft binnen kurzer Frist erwartet werden konnte**. Hinzukommen muss, dass das Verhalten des Berechtigten signalisiert, das damit zu-

sammenhängende streitige Recht werde nicht mehr geltend gemacht.

Für die Annahme, jemand, der seine Möglichkeiten im Prozess nicht ausschöpft, werde dies auch in der mündlichen Verhandlung erster Instanz nicht tun, fehlt aber jegliche Berechtigung. Es kann viele **Gründe** geben, **bestimmte Umstände zunächst nicht zur Sprache zu bringen** und erst einmal zu versuchen, mit einem reduzierten Vortrag Erfolg zu haben. Das gilt besonders für die Anerkennung als schwerbehinderter Mensch. Wenn der Kläger dieses Faktum vor dem Prozess nicht mitgeteilt hat, dürfte naheliegen, dass er das auch für den Fall der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach dem Prozess vermeiden möchte und deshalb Interesse hat, die Anerkennung oder den Antrag im Prozess möglichst nicht zu offenbaren. **Hierin ist er auch geschützt**.

Die Anerkennung als schwerbehinderter Mensch ist ein sensibles persönliches Sozialdatum, das dem **Selbstbestimmungsrecht** des Betroffenen unterliegt (§ 35 SGB I; §§ 67 ff SGB X). Es besteht Datenschutz und Geheimhaltungspflicht. Der Einzelne entscheidet selbst, wem und für welche Zwecke er die Anerkennung oder Antragstellung bekannt gibt.

Dem sind die **Einzelregelungen** angepasst: Eine Kenntnis des Arbeitgebers von der Anerkennung oder der rechtzeitigen Antragstellung wird nicht vorausgesetzt. Das Entstehen des Schutzes ist also unabhängig von der Kenntnis des Arbeitgebers. Eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Unterrichtung des Arbeitgebers wird nicht begründet. Es besteht nicht einmal ein Recht des Arbeitgebers, auf Anfrage eine Auskunft zu erhalten.<sup>8</sup> Auch das Integrationsamt ist aus datenschutzrechtlichen Gründen weder ver-

<sup>6</sup> BAG AP Nr. 5 zu § 242 BGB Prozesswirkung Bl. 1291

<sup>7</sup> BAG AP Nr. 46 zu § 242 BGB Verwirkung; BAG AP Nr. 1 und 5 zu § 242 BGB Prozesswirkung

<sup>8</sup> h. M. s. u. a. Schaub/Link ArbR-HdB 13. Aufl. § 26 Rz. 16; ErfK/Preis 10. Aufl. 230, § 611 Rz. 274

pflichtet noch berechtigt, derartige Mitteilungen zu machen.

Hieran zeigt sich, dass eine starke schutzwürdige Position des Klägers besteht, für deren Einschränkung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben starke Gründe vorliegen müssten. Es ist indes nicht ersichtlich, wieso der Arbeitgeber über § 6 KSchG hinaus gerade in Bezug auf die Anerkennung des Klägers als schwerbehinderter Mensch stärkeren Schutz nötig hat als bei sonstigen prozessentscheidenden Klagebegründungen. Es ist nicht ersichtlich und nicht begründet worden, wieso Treu und Glauben es gebieten, dem Arbeitgeber schon nach drei Wochen auf Kosten des persönlichen Dispositionsrechts des Klägers eine entsprechende Information zukommen zu lassen, obwohl der Gesetzgeber die Grenze erst mit Abschluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz gesetzt hat. Das neben dem Zeitpunkt erforderliche **Umstandsmoment** ist vom BAG **nicht aufgezeigt worden**.

Es ist ferner nicht in die Würdigung eingegangen, dass der Arbeitgeber bei Anhaltspunkten für das Vorliegen einer Schwerbehinderung auch die Möglichkeit hat, vorsorglich vor der Kündigung beim Integrationsamt einen Antrag auf Zustimmung zu stellen.

Das allgemeine Staatsinteresse an zügiger Prozessabwicklung hat in der Abwägung der Interessen nach Treu und Glauben keinen Platz. Es ist in den §§ 4 und 6 KSchG geregelt.

Die Ungereimtheiten setzen sich fort bei **Beurteilung der Dauer möglicher Überschreitung**. Die Dauer der Fristüberschreitung war im vorliegenden Fall größer (drei Tage) als in dem vom BAG entschiedenen Fall (ein Tag). Damit stellt sich die Frage nach dem Maßstab. Der Gedanke, dass die Überschreitungen umso größer sein dürfen,

je intensiver das Bestehen eines Sonderkündigungsschutzes nahe lag und der Arbeitgeber deshalb selbst zur Klärung hätte beitragen können, wäre nicht tragfähig; denn wenn er selbst Anhaltspunkte hatte und eine Klärung hätte herbeiführen können, fehlt für die Verwirkung erst recht die Grundlage.

Die etwaigen **Anhaltspunkte**, die dem Arbeitgeber für den Verdacht auf Schwerbehinderteneigenschaft vorlagen und **die eine Überschreitung der Dreiwochenfrist rechtfertigen sollen**, haben auch **keinen inneren Bezug zu der Verzögerung** und ihren Gründen. Auf dieser Basis ist **nicht nachvollziehbar zu begründen**, ob die Überschreitung ein, zwei, sechs oder 14 Tage betragen darf.

---

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

---