



**Diskussionsforum Teilhabe und Prävention**

Herausgegeben von:

**Dr. Alexander Gagel & Dr. Hans-Martin Schian**

in Kooperation mit:

**Prof. Dr. Wolfhard Kohte**  
Martin-Luther-Universität  
Halle-Wittenberg

**Prof. Dr. Ulrich Preis**  
Institut für Deutsches und  
Europäisches Sozialrecht,  
Universität zu Köln

**Prof. Dr. Felix Welti**  
Hochschule Neubrandenburg

Oktober 2007

## **Forum B**

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement  
– Diskussionsbeitrag Nr. 23/2007 –

### **Verfassungskonforme Auslegung des § 90 Abs. 2a SGB IX**

*von Dr. Alexander Gagel*

Wir haben bereits mit Diskussionsbeitrag B-5/2007 zu Inhalt und Struktur des **§ 90 Abs. 2a SGB IX**, der die Zustimmungspflichtigkeit von Kündigungen (§ 85 SGB IX) einschränkt, Stellung genommen. Neuere Urteile lassen es sinnvoll erscheinen noch einmal gesondert hervorzuheben, dass eine Zustimmungspflichtigkeit auch dann angenommen werden muss, wenn eine vor Zugang der Kündigung getroffene Feststellung eines GdB unter 50 im Widerspruchs- oder Klageverfahren rückwirkend auf 50 oder mehr angehoben wird.

Wir nehmen als Beispiel ein Urteil des ArbG Essen, über das wir schon in anderem Zusammenhang (Diskussionsbeitrag B 22-2007) berichtet hatten. In Bezug auf § 90 Abs. 2a SGB IX stellen wir folgende **Thesen** zur Diskussion:

- 1. Es begegnet erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn gestützt auf § 90 Abs. 2a SGB IX der besondere Kündigungsschutz der §§ 85ff. SGB IX auch für den Fall versagt wird, dass eine rechtzeitig vor Zugang der Kündigung beantragte, jedoch zunächst abgelehnte Feststellung der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch schließlich rückwirkend in einem gegen die Ablehnung angestregten Widerspruchs- oder Klageverfahren erfolgt.**
- 2. Insbesondere wird dadurch das Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) unterlaufen.**
- 3. Möglicherweise liegt auch ein Verstoß gegen Art. 3 GG vor.**

Dr. Alexander Gagel  
Marcus Schian  
Dr. Hans-Martin Schian

Wir möchten Sie auch auf die Sammlung aller bisher erschienenen Diskussionsbeiträge im Internet unter [www.iqpr.de](http://www.iqpr.de) aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

## Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 15.05.2007 - 2 Ca 4309/06 -

### I. Wesentliche Aussagen

1. Die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung ist dann nicht erforderlich, wenn das Versorgungsamt im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung lediglich einen Grad der Behinderung von weniger als 50 festgestellt hatte;
2. Die rückwirkende Anerkennung als schwerbehinderter Mensch im Widerspruchsverfahren oder auf eine sich anschließende Klage hin beseitigt nicht den Ausschluss der Zustimmungspflicht nach § 90 Abs. 2a SGB IX.

### II. Der Fall

Die Entscheidung betrifft neben Fragestellungen zu § 84 SGB IX (vgl. dazu Diskussionsbeitrag B 22-2007 in diesem Forum) die Auslegung von § 90 Abs. 2a SGB IX (Beschränkung der Zustimmungspflichtigkeit einer Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer auf Fälle vorheriger Feststellung der Schwerbehinderung).

Am 15.01.2005 erlitt die Klägerin, die seit 1.5.2004 bei der Beklagten als Bilanzbuchhalterin tätig war, in einer Einkaufspassage einen vom Betrieb unabhängigen Unfall, der schwere Kopfverletzungen und später auch psychische Beeinträchtigungen zur Folge hatte. Versuche einer stufenweisen Wiedereingliederung scheiterten daran, dass die Klägerin nur noch begrenzt in der Lage war konzentriert zu arbeiten. Die Beklagte kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis krankheitsbedingt (zugegangen am 25.7.2006).

Das Versorgungsamt stellte **zunächst nur einen GdB von 30** fest, erkannte aber auf Widerspruch der Klägerin mit Bescheid vom 26.07.2006 **rückwirkend einen GdB von 50** an. Außerdem erhielt sie von dem zuständigen Rentenversicherungsträger eine Rente wegen voller Erwerbsminderung befristet bis 31.12.2007.

Die Klägerin machte vornehmlich geltend, die Kündigung sei nicht wirksam, weil die wegen ihrer Schwerbehinderung erforderliche Zustimmung des Integrationsamts (§ 85 SGB IX) nicht eingeholt worden sei. Die Beklagte beruft sich darauf, dass gem. § 90 Abs. 2a SGB IX eine Zustimmungspflichtigkeit nicht bestehe, weil die Schwerbehinderung im Zeitpunkt der Kündigung noch nicht festgestellt gewesen sei.

### III. Die Entscheidung

Das ArbG hat sich der Auffassung der Beklagten angeschlossen. Es folgert aus den **Materialien** (BT-Drs. 15/2357, S. 24), dass der Gesetzgeber die Zustimmungspflichtigkeit einer Kündigung davon abhängig machen wollte, dass die **Schwerbehinderung bei Zugang der Kündigung positiv anerkannt** war. Ziel sei es gewesen, die Unsicherheit zu beseitigen, die durch in der Regel aussichtslose Widerspruchsverfahren ausgelöst würde. Da im zu entscheidenden Fall die Anerkennung des GdB von 50 erst später im Widerspruchsverfahren erfolgt sei, hätten diese Voraussetzungen nicht vorgelegen. Die Schwerbehinderung sei wegen vielfältiger Unklarheiten, insbesondere, weil auch das Versorgungsamt bis zum Zugang der Kündigung nur einen GdB von 30 festgestellt hatte, für den Arbeitgeber auch

nicht offensichtlich gewesen. Die weitere Alternative des § 90 Abs. 2a SGB IX (Verzögerung des Anerkennungsverfahrens ohne Verschulden des Betroffenen) liege hier nicht vor; denn das Versorgungsamt habe noch vor Zugang der Kündigung entschieden. Die Entscheidung sei lediglich nicht mit dem von der Klägerin gewünschten Ergebnis ergangen.

#### IV. Würdigung/Kritik

Das Urteil geht davon aus, dass der Gesetzgeber die **Unsicherheiten bei der Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer verringern** wollte. Das ist möglicherweise richtig. Aus den Materialien ist allerdings nur zu entnehmen, dass verhindert werden sollte, dass völlig unbegründete Widersprüche und Klagen nur zur Hinauszögerung der Zustimmung erhoben werden. Es ist dennoch folgerichtig daraus zu schließen, dass grundsätzlich bei Zugang der Kündigung die Anerkennung eines GdB von 50 durch Bescheid des Versorgungsamts (oder eine Gleichstellung nach § 2 Abs. 3 SGB IX) vorliegen muss, oder, bei späterer Anerkennung, das Anerkennungsverfahren so rechtzeitig eingeleitet worden war, dass die Entscheidung bei normalem Verwaltungsverlauf noch vor Zugang der Kündigung möglich gewesen wäre (Fristen des § 69 Abs. 1 Satz 2 iVm § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IX). Daraus könnte man schließen, dass Korrekturen, die erst nach Zugang der Kündigung im sozialrechtlichen Widerspruchs- oder Klageverfahren vorgenommen werden, nicht mehr zu berücksichtigen wären, weil andernfalls in den Fällen, in denen die negative Entscheidung vor Zugang der Kündigung getroffen wurde, die Verhinderung unsinniger Klageverfahren nicht möglich wäre.

Dieser Vorstellung des Gesetzgebers stehen indes **verfassungsrechtliche Gründe entgegen**, die zu einer anderen Auslegung zwingen. Ein Einwand ergibt sich aus dem **Rechtsstaatsprinzip** (Art. 19 Abs. 4 GG). Dieses Grundrecht garantiert einen effektiven Rechtsschutz. Ein solcher ist nicht gegeben, wenn durch Rechtsbehelfe oder Rechtsmittel nur ein Teil der Folgen unzutreffender Erstentscheidungen korrigiert werden könnten (vgl. Ramsauer in AK-GG Art. 19 Abs. 4 Rz. 138 m.w.N.). Es würde durch § 90 Abs. 2a SGB IX, folgt man dem Arbeitsgericht Essen, der Rechtsschutz wegen der damit verbundenen Unsicherheiten gezielt eingeschränkt. Eine hinreichende Rechtfertigung ist nicht zu erkennen. Auftretende Unsicherheiten durch laufende Verfahren sind die Regel und deshalb kein tragfähiger Grund Art. 19 GG zu beschränken. Sonstige höherwertige Gesichtspunkte sind nicht ersichtlich.

Zwar sind die extremen Unsicherheiten bei der Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer ein viel beklagter Übelstand. Sie beruhen darauf, dass die einzelnen hierfür notwendigen Entscheidungen (Feststellung des GdB, Zustimmung des Integrationsamts, Kündigung) von verschiedenen Stellen getroffen werden und in drei verschiedenen Rechtswegen zu prüfen sind. Es liegen aber schon seit Jahren **Vorschläge zur Lösung** dieses Problems vor, denen sich der Gesetzgeber bisher verweigert hat (vgl. Düwell in LPK-SGB IX, § 85 Rz. 40 m.w.N.; Gagel, Festschrift für Schwerdtner, 2003, S. 397 ff). **Der jetzt gefundene „bequeme“ Ausweg, geht indes auf Kosten der Mindestanforderungen** an den Rechtsschutz und kann deshalb nicht hingenommen werden.

Zu denken wäre auch an einen Verstoß gegen **Art. 3 GG**; denn es werden diejenigen benachteiligt, die wegen einer unrichtigen Verwaltungsentscheidung erst im späteren Verfahren zu ihrem Recht kommen. Auch unter diesem Gesichtspunkt sind die

Unsicherheiten bei Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer kein ausreichender Rechtfertigungsgrund, zumal es andere Wege gibt dieses Ziel ohne Verfassungsverstoß zu erreichen.

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