

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

Mai 2008

Forum B

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 10/2008 –

Gefestigte Strukturen des § 90 Abs. 2a SGB IX und einige Unklarheiten

von Dr. Alexander Gagel

Einige neuere Entscheidungen (BAG, Urt. v. 01.03.2007 – 2AZR 217/06 – AP Nr. 2 zu § 90 SGB IX; BAG Urt. v. 29.11.2007 – 2 AZR 613/06 –; LArbG Kiel, Urt. v. 11.12.2007 – 5 Sa 386/07 –) geben Veranlassung einmal zusammenzufassen wie weit die Diskussion um die Streitfragen zu § 90 Abs. 2a SGB IX gediehen ist und welche Unklarheiten noch ausgeräumt werden müssen.

§ 90 Abs. 2a SGB IX sieht vor, dass der **Sonderkündigungsschutz** für schwerbehinderte Arbeitnehmer (Zustimmung des Integrationsamts nach § 85 SGB IX) grundsätzlich nicht eingreifen soll, wenn bei **Zugang der Kündigung** die Schwerbehinderung noch nicht anerkannt war. Allerdings sollen hiervon die Fälle ausgenommen werden, in denen die rechtzeitige **Anerkennung** nicht auf Verzögerungen durch unzureichende Mitwirkung des Antragstellers sondern auf verzögerter Bearbeitung der GdB-Festsetzung durch die zuständige Behörde beruht.

Diese Vorschrift hat – vor allem auch wegen der missglückten Gesetzesfassung – von Anfang an erheblich Auslegungsschwierigkeiten verursacht. Die Rechtsprechung hat aber erfreulicherweise schon einen großen Teil der strittigen Fragen geklärt:

- Es reicht aus, wenn die **Schwerbehinderung** bei Zugang der Kündigung **offensichtlich** war.
- Eine **Gleichstellung** nach § 2 Abs. 3 SGB IX **genügt** (Diskussionsforum Teilhabe und Prävention, www.iqpr.de, Beitrag B 5-2007).
- Für die Entscheidung, ob die zuständige Behörde (oder bei Gleichstellungen die Agentur für Arbeit) die Anerkennung rechtzeitig ausgesprochen hat, sind die **in § 14 SGB IX festgelegten Bearbeitungsfristen** maßgeblich (BAG, Urt. v. 01.03.2007 – 2 AZR 217/06 – AP Nr. 2 zu § 90 SGB IX und Urt. v. 29.11.2007 – 2 AZR 613/06 –; LArbG Kiel, Urt. v. 11.12.2007 – 5 Sa 386/07 –).
- Die **rückwirkende Anerkennung** als schwerbehinderter Arbeitnehmer ist so zu berücksichtigen als habe sie bereits in dem Zeitpunkt vorgelegen auf den die Entscheidung zurückwirkt.
- Das gilt auch bei rückwirkenden **Entscheidungen im Widerspruchs- oder Klageverfahren** (Diskussionsforum Teilhabe und Prävention, www.iqpr.de, Beitrag B 23-2007).

Es gibt allerdings vor allem in Bezug auf die **Bearbeitungsfristen und ihre Wirkung** noch einige Unklarheiten. Dieser Komplex soll deshalb noch einmal **unter die Lupe** genommen werden.

Wir kommen zu folgenden **Thesen**:

1. **Das Erfordernis rechtzeitiger Antragstellung ist keine Frist, sondern ein Reflex aus den in § 14 SGB IX festgelegten Bearbeitungsfristen für die Verwaltung.**
2. **Deshalb ist für die Berechnung, wann der Antrag spätestens gestellt werden musste, von diesen gesetzlichen Fristen auszugehen.**
3. **Die Fristberechnung erfolgt nach § 26 Abs. 1 SGB X i.V.m. § 187 BGB**
4. **Es handelt sich aber um eine typisierende Verweisung; Besonderheiten des einzelnen Falles bleiben außer Betracht.**
5. **Die bei Einholung eines Gutachtens zu beachtenden Fristen, sind nur zu berücksichtigen, wenn im Antragsverfahren tatsächlich ein Gutachten eingeholt wurde; objektive Erforderlichkeit reicht nicht.**
6. **Die Einholung eines Gutachtens im Widerspruchs- oder Klageverfahren ist für die „Fristbestimmung“ unbeachtlich.**

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 aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

Verspätete Anerkennung des GdB von 50 (oder der Gleichstellung) durch die zuständige Behörde

I. Maßgebliche Daten und Fristen

Für die Bearbeitung eines Antrags auf Feststellung des GdB wird in § 90 Abs. 2a SGB IX auf § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX Bezug genommen, der wiederum auf **§ 14 SGB IX** verweist. § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IX sieht - sofern kein Gutachten einzuholen ist - eine Frist von drei Wochen ab Eingang des Antrags vor. Nach § 14 Abs. 5 Satz 5 SGB IX ist ein Gutachten innerhalb von zwei Wochen nach Auftragseingang zu erstellen; die Endentscheidung ist gem. § 14 Abs. 2 Satz 4 SGB IX binnen einer Frist von zwei Wochen herbeizuführen.

Im Zusammenhang mit § 90 Abs. 2a SGB IX hat das die Wirkung, dass eine Anerkennung als schwerbehinderter Mensch, die erst nach Zugang der Kündigung erfolgt, zu berücksichtigen ist, wenn sie bei Wahrung der Fristen des § 14 SGB IX rechtzeitig vorgelegen hätte. Das ist nur der Fall, wenn, **falls kein Gutachten** einzuholen war, der **Antrag mindestens drei Wochen und einen Tag** vor Zugang der Kündigung gestellt worden war. In Fällen, in denen **ein Gutachten** einzuholen ist, ergibt sich – wie noch gezeigt wird – eine Dauer von **sieben Wochen und drei Tagen** (anders BAG. Siehe unten unter 3.).

1. Beginn und Dauer der Fristen

Auslöser der Frist sind in § 14 Abs. 2 Satz 1 SGB IX der Antrag, in Abs. 5 Satz 5 der Eingang des Gutachtensauftrags, in Abs. 2 Satz 4 der Eingang des Gutachtens.

Für die Berechnung der Fristen gelten gemäß § 26 Abs. 1 SGB X **die §§ 187-193 BGB**. Ist – wie hier – für den Beginn der Frist ein im Verlauf eines Tages eintretendes Ereignis für den Fristbeginn maßgeblich, so zählt gem. § 187 Abs. 1 BGB dieser Tag nicht mit. Das bedeutet, dass der Behörde für die Bearbeitung des Antrags **drei Wochen nach dem Tage des Antragseingangs**, dem Gutachter zwei Wochen nach dem Tage des Eingangs des Gutachtensauftrags und für die abschließende Entscheidung zwei Wochen nach dem Tage des Eingangs des Gutachtens zur Verfügung stehen. In der **arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung** wird allerdings die Frist als eine „Vorfrist“ (?) angesehen, ohne dass dies näher begründet wird, woraus folgt, dass von glatten Drei-Wochen-Fristen, bzw. Zwei-Wochen-Fristen ausgegangen wird (u.a. BAG, Urt. v. 01.03.2007 – 2 AZR 217/06 – AP Nr. 2 zu § 90 SGB IX). Näheres dazu unter 3.

2. Gegenstand der Befristung

Befristet ist **das Verwaltungshandeln**. D.h. die erforderlichen Handlungen müssen **bis zum letzten Tag der Frist (24 Uhr)** abgeschlossen sein. Bei einer Entscheidung ohne Gutachten müsste dementsprechend die Entscheidung **spätestens am letzten Tage der Frist abgesandt** worden sein; in den anderen Fällen müsste der Gutachtensauftrag und auch die Endentscheidung am letzten Tag der jeweiligen Frist herausgehen. Es kommt zwar für den Fristbeginn auf den Zugang beim Adressaten an, für die Fristwahrung jedoch nicht.

3. Verhältnis zum Zugang der Kündigung

Die **Kündigung wird erst durch Zugang bei dem Arbeitnehmer wirksam** (BAG). Eine fiktive Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft vor Zugang der Kündigung setzt dementsprechend voraus, dass die **gesamte Bearbeitungsfrist vor dem Tage des Zugangs der Kündigung liegt**. Fällt der letzte Tag der Bearbeitungsfrist auf den Tag des Zugangs der Kündigung, hätte die Behörde noch bis 24 Uhr Zeit für ihre Entscheidung, sodass nicht unterstellt werden kann, sie habe bereits vor Zugang der Kündigung entschieden.

4. Die Folgen für den Antragsteller

Das Gesetz lässt Entscheidungen nach Zugang der Kündigung nur gelten, wenn der Antrag so frühzeitig gestellt worden ist, dass die Behörde bei Einhaltung der gesetzlichen Bearbeitungsfristen noch am Tage Vorher entschieden haben könnte.

Das bedeutet:

War für die Bearbeitung kein Gutachten einzuholen, musste der Antrag einen Tag und drei Wochen vor dem Tage des Zugangs der Kündigung gestellt worden sein.

War ein Gutachten erforderlich, haben wir es mit der **Aneinanderreihung dreier selbständiger Fristen** zu tun, die jede nach § 187 Abs. 1 BGB zu berechnen sind. Daraus folgt, dass der Antrag nur zählt, wenn er mindestens sieben Wochen und drei Tage vorher gestellt wurde; denn der jeweils die Frist auslösende Tag fällt ja nicht in die Frist, sondern kommt hinzu.

II. Reflexwirkung

Für den Antragsteller handelt es sich allerdings nicht um eine Frist im eigentlichen Sinne; denn er kann meist weder den Zeitpunkt der Kündigung noch den der Entscheidung über den GdB voraussehen. Eine Verpflichtung, eine solche „Frist“ einzuhalten, wäre mit dem Rechtsstaatsprinzip auch nicht vereinbar. Richtig gesehen handelt es sich nicht um eine Frist für den Antragsteller, sondern lediglich um einen Reflex aus der **der Behörde gesetzten Bearbeitungsfrist**, aus der sich für ihn Vorteile ergeben.

III. Umdeutung als Vorfrist durch das BAG

Die dargelegten Zusammenhänge werden in der Rechtsprechung und der Literatur jedoch aus Gründen höherer Praktikabilität abgewandelt oder umgedeutet. Die Fristen werden als Vorfristen verstanden, also vorsorglich **selbst gesetzte Bearbeitungsfristen**, die sich dann auf drei oder sieben Wochen beschränken. Dazu hat jetzt auch das BAG seinen Segen gegeben (BAG, Urt. v. 01.03.2007 – 2 AZR 217/06 – AP Nr. 2 zu § 90 SGB IX; Urt. v. 29.11.2007 – 2 AZR 613/06 – ferner LArbG Köln, Urt. v. 16.06.2006 – 12 Sa 168/06 – juris – Rz. 33, betr. Frist von sieben Wochen). Diese Entwicklung hängt offenbar damit zusammen, dass das BAG immer von Fristen redet, obwohl es sich um Reflexe handelt. Es wird **nicht bedacht, dass die Bearbeitungsfristen für die Verwaltung gesetzlich festgelegt sind und damit auch die als Reflex auftretenden Folgen**.

Man wird allerdings wohl annehmen dürfen, dass das BAG aus praktischen Erwägungen an seiner Auffassung festhalten wird.

IV. Typisierung

§ 90 Abs. 2a SGB IX verweist (mittelbar) auf die Fristen des § 14 SGB IX. Die **Verweisung erfolgt abstrakt** ohne Hinweis auf die Berücksichtigung untypischer Verläufe, wie besonders hohe Ermittlungsanforderungen oder verzögerten Zugang (später als am nächsten Tage). Dies ist auch sinnvoll, denn eine andere Auslegung würde das Verfahren um die Rechtzeitigkeit der Antragstellung mit vielfältigen Problemen belasten, die zu erheblichen Verzögerungen führen können.

Abweichungen, die sich durch **Wochenenden oder Feiertage** ergeben, können indes nicht unbeachtet bleiben, weil die Fristberechnung insoweit gesetzlich festgelegt ist.

V. Einholung des Gutachtens

Die Einholung eines Gutachtens ist, wie dargelegt, für die Dauer der Frist von erheblicher Bedeutung. Von Gewicht ist deshalb ferner die Frage, ob es auf die **objektive Erforderlichkeit eines Gutachtens** ankommt, oder darauf, ob es tatsächlich eingeholt wurde. Des Weiteren ist zu klären, was es bedeutet, wenn später im Widerspruchs- oder Klageverfahren ein Gutachten eingeholt wurde.

1. Tatsächliche Einholung entscheidend

Da es hier um Bearbeitungsfristen geht, kann eigentlich nur maßgeblich sein, welche Bearbeitung bei der Behörde tatsächlich vorgenommen wurde. Hat sie kein Gutachten eingeholt, kann ihr auch keine längere Bearbeitungsfrist eingeräumt werden; das gilt ebenso, wenn ein Gutachten erst später auf Widerspruch oder Klage eingeholt wurde. Im Übrigen steht die Einholung des Gutachtens im pflichtgemäßen **Ermessen der Behörde** (§ 21 SGB IX), das nur begrenzt überprüfbar ist. Schließlich darf man annehmen, dass der Gesetzgeber hier eine typisierende Regelung treffen und nicht lange **Verfahrensdauern**

durch praxisirrelevante Detailstreitigkeiten produzieren wollte. Wurde von der zuständigen Behörde kein Gutachten eingeholt, bleibt also der Sonderkündigungsschutz erhalten, wenn zwischen dem Tag der Antragstellung (der nicht mitgerechnet wird) und dem Zugang der Kündigung (der auch nicht mitzurechnen ist) drei Wochen zur Bearbeitung zur Verfügung standen.

2. Einholung eines Gutachtens im Widerspruchsverfahren

Das Rechtsstaatsprinzip erfordert eine Anerkennung der **Rückwirkung von Feststellungen im Widerspruchs- oder Klageverfahren** (Diskussionsforum Teilhabe und Prävention, www.iqpr.de, Beitrag B 23-2007).

Die Verfahrensweise im Widerspruchs- oder Klageverfahren kann indes **keine Auswirkungen auf die Bearbeitungsfristen** im Antragsverfahren haben. Nur wenn man – anders als hier – zu dem Ergebnis käme, dass es für die Bearbeitungsfrist auf die objektive Erforderlichkeit eines Gutachtens ankäme, könnte in Einzelfällen aus der Einholung in späteren Verfahrensabschnitten auf die objektive Erforderlichkeit im Antragsverfahren geschlossen werden. Das ist aber abzulehnen (s. oben).

<p>Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.</p>
--