



## 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

November 2009

## Forum B

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement  
– Diskussionsbeitrag Nr. 18/2009 –

### **Irrtümer über Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes nach § 85 SGB IX**

*(Kenntnis des Arbeitgebers? Vorlage der Anerkennung? Verwirkung? Zurechnung  
der Kenntnisse des Betriebsveräußerers?)*

*von Dr. Alexander Gagel*

Die folgenden Betrachtungen zum Urteil des **BAG vom 11.12.2008 – 2 AZR 395/07** -  
beleuchten die Fragen,

- ob die **Geltendmachung des Sonderkündigungsschutzes** nach § 85 SGB IX (Zustimmung des Integrationsamts) Kenntnis der Arbeitgeberin von der Schwerbehinderung und/oder die Vorlage des Anerkennungsbescheides voraussetzt,
- welche Bedeutung es für die **Verwirkung der Rechte** aus § 85 SGB IX hat, wenn im Falle eines Betriebsübergangs der **Betriebsveräußerer Kenntnis** von der Anerkennung als schwerbehinderter Mensch hatte, der Betriebserwerber jedoch nicht.

**Hintergrund ist § 90 Abs. 2 SGB IX**, der festlegt, dass der Sonderkündigungsschutz des § 85 SGB IX keine Anwendung findet, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte (§ 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX verweist auf § 14 Abs. 2 Satz 2 und 4 sowie Abs.

5 Satz 2 und 5 SGB IX, der die Fristen für die Bearbeitung eines Antrag auf Leistungen zur Teilhabe regelt.).

Wir haben zu dieser sich nicht leicht erschließenden Vorschrift bereits in früheren Beiträgen Stellung genommen:

**B-5/2007** betrifft Sonderkündigungsschutz bei Offensichtlichkeit der Schwerbehinderung, Sicherung der Rechte, wenn sich ergibt, dass die Antragstellung mindestens drei Wochen vor Ausspruch der Kündigung erfolgte, gleiche Wirkungen einer Gleichstellung (§ 2 Abs. 3 SGB IX) und eines Gleichstellungsantrags, Verwirkung.

**B-23/2007** betrifft rückwirkende Berücksichtigung einer erst im Widerspruchs- oder Klageverfahren erfolgten Anerkennung.

**B-10/2008** betrifft Rechtscharakter und Bedeutung der Folgerung, dass der Sonderkündigungsschutz erhalten bleibt, wenn sich ergibt, dass die Kündigung erst nach Ablauf der Bearbeitungsfristen in § 14 SGB IX für Anerkennungsantrag oder Gleichstellungsantrag zugeht, sowie Berechnung dieser Fristen.

Dr. Alexander Gagel

Anja Hillmann-Stadtfeld

Dr. Hans-Martin Schian

**BAG, Urteil vom 11.12.2008 – 2 AZR 395/07 -**

### **Wesentliche Aussagen**

- 1. Der Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX ist nicht davon abhängig, dass der Betroffene seinem Arbeitgeber von der Anerkennung als schwerbehinderter Mensch Kenntnis gibt oder ihm den Anerkennungsbescheid vorlegt.**
- 2. Der Arbeitnehmer muss lediglich zur Vermeidung einer Verwirkung innerhalb angemessener Frist nach Zugang der Kündigung (regelmäßig drei Wochen) seinem Arbeitgeber von der Anerkennung Kenntnis geben.**
- 3. Bei einem Betriebsübergang (§ 613a BGB) hat sich der Betriebserwerber die Kenntnisse des Betriebsveräußerers zurechnen zu lassen.**

### **I. Der Fall**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung und eines Auflösungsvertrages. Der Kläger ist als schwerbehinderter Mensch anerkannt (GdB 60). Er war zunächst bei der Firma S. angestellt. Das Arbeitsverhältnis ging aber gemäß § 613a BGB zum 1.12.2000 auf die Beklagte (Firma D.) über. Am 1.4.2002 fand ein weiterer

**Betriebsübergang** statt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers zunächst mit **Kündigung** vom 25.2.2005, **ohne die Zustimmung des Integrationsamts** einzuholen. Eine anschließend vorgenommene erneute Kündigung mit Zustimmung des Integrationsamts und ein Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers spielen für die folgenden Ausführungen keine Rolle, da das hier angefochtene Teilurteil des LArbG diese nicht umfasste.

Mit der **Klage** bestreitet der Kläger das Vorliegen ausreichender Kündigungsgründe und hält die Kündigung zusätzlich **wegen fehlender Zustimmung** des Integrationsamts für **unwirksam**. Gegenüber dem Einwand der Beklagten, sie sei zur Einholung der Zustimmung nicht verpflichtet gewesen, weil sie vom Kläger nicht über die Schwerbehinderung unterrichtet worden sei, beruft sich der Kläger darauf, dass die **Rechtsvorgängerin der Beklagten diese Kenntnis** gehabt habe. Die Beklagte müsse sich das zurechnen lassen. **Die Beklagte** wendet sich gegen diese Rechtsansicht. Außerdem müsse der **Nachweis der Schwerbehinderung** gemäß § 90 Abs. 2a SGB IX **gegenüber dem Arbeitgeber** geführt worden sein, was hier fehle. Das ArbG hat der Klage stattgegeben. In der Berufungsinstanz hat die Beklagte außerdem hilfsweise Auflösung des Arbeitsverhältnisses beantragt. Durch Teilurteil des LArbG wurde dieses Urteil bestätigt, soweit es die erste Kündigung betraf und den Auflösungsantrag zurückgewiesen hatte. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre Anträge weiter.

## II. Die Entscheidung

Das BAG hat die Revision zurückgewiesen.

Es hat entschieden, dass die streitige Kündigung **unwirksam** war, **weil die Zustimmung des Integrationsamts fehlte** (§ 85 Abs. 1 SGB IX iVm. § 134 BGB). Der **Sonderkündigungsschutz** stehe dem schwerbehinderten Arbeitnehmer **auch dann** zu, **wenn der Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung keine Kenntnis von der Schwerbehinderteneigenschaft** gehabt habe (vgl. BAG, Ur. v. 12.01.2006 - 2 AZR 539/05 - AP Nr. 3 zu § 85 SGB IX). Der Sonderkündigungsschutz könne **zwar verwirkt** werden, wenn der Arbeitnehmer nicht binnen angemessener Frist (drei Wochen, früher vier Wochen) gegenüber dem Arbeitgeber die Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft geltend mache. Dies sei aber dann nicht erforderlich, wenn dem Arbeitgeber die Schwerbehinderteneigenschaft bereits bekannt sei (vgl. BAG, Ur. v. 06.09.2007 - 2 AZR 324/06 - AP Nr. 4 zu § 90 SGB IX). Ein solcher Fall liege hier vor, weil dem **Betriebsveräußerer die Feststellung der Schwerbehinderung bekannt** gewesen sei und die Beklagte sich diese Kenntnis gem. § 613a BGB zurechnen lassen müsse. § 613a Abs. 1 BGB bewirke nicht, dass den Vertragsparteien zusätzliche Rechte erwachsen. Deshalb müsse der Arbeitnehmer **eine bereits erfüllte Obliegenheit nicht erneut erfüllen**. Dies habe der Senat u.a. auch bereits im Zusammenhang mit Ausschlussfristen entschieden. Die

rechtzeitige Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Betriebsveräußerer reiche zur Wahrung der Ausschlussfrist (BAG, Urt. v. 21.03.1991 - 2 AZR 577/90 - AP Nr. 49 zu § 615 BGB).

Weiter hat das BAG entschieden, dass die Zustimmung des Integrationsamts hier nicht wegen § 90 Abs. 2a SGB IX entbehrlich gewesen ist. Diese Vorschrift schreibe nicht vor, dass dem Arbeitgeber der **Bescheid über die Anerkennung** als schwerbehinderter Mensch **vorgelegt werden** müsse. Das Gesetz sage nicht, wem gegenüber der Nachweis zu erbringen sei. Er spreche auch nicht von einer Pflicht zur Vorlage eines Bescheides. Ziel des § 90 Abs. 2a SGB IX sei gewesen, mißbräuchlicher Geltendmachung aussichtsloser Anerkennung von Behinderungen entgegenzuwirken. Die **Abstellung dieses Mißbrauchs erfordere keine zusätzliche Hürde für Arbeitnehmer**, deren Schwerbehinderteneigenschaft bereits nachgewiesen und dem Arbeitgeber bekannt sei.

Das BAG hat auch die Zurückweisung des Auflösungsantrags bestätigt. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats könne der Arbeitgeber die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach §§ 9, 10 KSchG nicht erreichen, wenn eine Kündigung aus anderen Gründen als der Sozialwidrigkeit unwirksam sei (zuletzt BAG, Urt. v. 28.08. 2008 - 2 AZR 63/07 - ).

### III. Würdigung/Kritik

Das BAG stellt selbst eingehend dar, in welchem Kontext die Entscheidung zu bisheriger **Rechtsprechung und Literatur** steht und zitiert außer den oben genannten Belegen weitere Entscheidungen und Literaturstimmen.

Zur Verwirkung verweist es darauf, dass strenge Maßstäbe anzulegen seien (u.a. BAG, Urt. v. 19.04.1979 - 2 AZR 469/78 - AP Nr. 5 zu § 12 SchwbG; Urt. v. 23.02.1978 - 2 AZR 462/76 -, BAG 30,141).

Zur Bedeutung der Kenntnis des Betriebsveräußerers im Falle eines Betriebsübergangs i.S.v. § 613a BGB verweist es auf entsprechende Rechtsprechung zu den Ausschlussfristen und zum Annahmeverzug (Zur Ausschlussfrist u.a.: BAG, Urt. v. 13.02.2003 - 8 AZR 236/02 - AP Nr. 244 zu § 613a BGB; zum Annahmeverzug u.a.: BAG, Urt. v. 09.07.1987 - 2 AZR 467/86 - II.2 der Gründe; Urt. v. 21.03.1991 - 2 AZR 577/90 - AP Nr. 49 zu § 615 BGB).

Zur Frage, ob der Nachweis der Schwerbehinderung dem Arbeitgeber vorgelegt werden müsse, stellt das BAG der bejahenden Mindermeinung von Bauer/Powietzka (NZA-RR 2004, 505), Cramer (NZA 2004,698, 704) und Böhm (ArbRB 2004,377) die weit überwiegende herrschende Meinung gegenüber, dass die objektive Existenz eines Nachweises genüge (vgl. u.a. Griebeling, NZA 2005,494, 496f; Düwell, BB 2004, 2811, 2812; Brimm/Brock/Windelen, DB 2005,282, 285).

Das Urteil gibt insgesamt einen **Überblick** über die Zusammenhänge von Kündigung und Zustimmungspflichtigkeit nach dem SGB IX, aus dem sich folgende klar nachzuvollziehende **Gedankenkette** ergibt:

Zunächst einmal ist zu beachten, dass § 85 SGB IX die Zustimmungspflichtigkeit der Kündigung **lediglich** vom **Bestehen einer Schwerbehinderung** abhängig macht. Kenntnis der Schwerbehinderung wird nicht gefordert. Mitteilungs- und Nachweispflichten werden nicht statuiert. Daraus folgt, dass die Anwendbarkeit dieser Norm lediglich eine im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bestehende nachweisbare Schwerbehinderung voraussetzt gleichviel, wann dies bekannt oder bewusst wird.

Einschränkungen der Anwendbarkeit ergeben sich erst aus **§ 90 Abs. 2a SGB IX**. Dort wird vorausgesetzt, dass bei Zugang der Kündigung die Schwerbehinderung nachgewiesen war. **Mitteilungspflichten oder eine Pflicht zur Vorlage des Nachweises werden aber auch hier nicht geregelt**. Es handelt sich um eine Vorschrift, die sich in ihrem Grundtatbestand (um den es hier allein geht) nicht an die Arbeitsvertragsparteien richtet, sondern lediglich die Anwendbarkeit von § 85 SGB IX objektiv einengt.

Mitteilungspflichten ergeben sich erst aus der Rechtsprechung des BAG zur **Verwirkung**. Diese fordert aber auch **nur eine Mitteilung der Schwerbehinderung** und **weder die Mitteilung einer behördlichen Anerkennung** als schwerbehinderter Mensch **noch die Vorlage** von sonstigen Nachweisen. Eine Mitteilungspflicht entfällt, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehinderung ohnehin kannte.

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