

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

PD Dr. Felix Welti

Institut für Sozialrecht und
Sozialpolitik in Europa, Christian-
Albrechts-Universität zu Kiel

März 2007

Forum B

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement
– Diskussionsbeitrag 5/2007 –

Begrenzung des Sonderkündigungsschutzes (§ 85 SGB IX) durch § 90 Abs. 2a SGB IX bei Gleichstellungen

von Dr. Alexander Gagel

Nach § 90 Abs. 2a SGB IX ist der Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Arbeitnehmer begrenzt auf Fälle, in denen **zum Zeitpunkt der Kündigung die Schwerbehinderung nachgewiesen** war oder dies nur deshalb nicht der Fall war, weil die Versorgungsverwaltung nicht fristgerecht (§ 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX i.V.m. § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IX; Mindestfrist drei Wochen) entschieden hat und den Antragsteller daran kein Verschulden traf. In einem Verfahren vor dem LArbG Stuttgart (Urt. v. 14.6.2006 – 10 Sa 43/06 -) ging es um die Frage, ob und in welcher Weise diese Bestimmung **entsprechend auf die Gleichstellung** mit schwerbehinderten Arbeitnehmern (§ 2 Abs.3 SGB IX), für die die Bundesagentur für Arbeit zuständig ist (§ 104 Abs. 1 Ziff. 5 SGB IX), anzuwenden ist.

Auch das **BAG (Urteil vom 01.03.2007 – 2 AZR 217/06 -) hat sich inzwischen dieser Beurteilung angeschlossen**. Da die Urteilsgründe noch nicht vorliegen, legen wir zunächst das Urteil des LArbG Stuttgart unserer Stellungnahme zugrunde.

Wir stellen folgende **Thesen** zur Diskussion:

- 1. Sonderkündigungsschutz besteht, wenn die Feststellung der Schwerbehinderung vor Zugang der Kündigung vorlag oder die Schwerbehinderung offensichtlich war.**
- 2. Sonderkündigungsschutz besteht jedenfalls auch dann, wenn die Feststellung drei Wochen vor dem Vortag des Zugangs der Kündigung beantragt und erst danach letztlich positiv beschieden wurde, sofern der Antragsteller die Verzögerung nicht verschuldet hat.**
- 3. Auch ein vor Zugang der Kündigung positiv beschiedener Gleichstellungsantrag hat die Zustimmungspflichtigkeit der Kündigung zur Folge.**
- 4. Ist der Gleichstellungsantrag noch nicht beschieden, ist eine Zustimmung zur Kündigung regelmäßig erforderlich, wenn der Antrag drei Wochen vor dem Zugang der Kündigung vorangehenden Tage bei der Agentur für Arbeit eingegangen ist, er letztlich positiv entschieden wurde und der Antragsteller die Verzögerung der Entscheidung nicht zu vertreten hat.**
- 5. Die Obliegenheit des Arbeitnehmers, zur Vermeidung der Verwirkung dem Arbeitgeber binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung (früher ein Monat; s. dazu BAG, Urt. v. 12.01.2006 - 2 AZR 539/05 -) von der Anerkennung oder Gleichstellung Kenntnis zu geben, bleibt unberührt.**

Bestätigt wird unsere Auffassung von zahlreichen Urteilen aus der Arbeitsgerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine gegenteilige Ansicht zur Anwendung von § 90 Abs. 2a SGB IX auf Gleichstellungen vertritt u.a. der Vorsitzende Richter am BAG Franz Josef Düwell in einem Aufsatz im Jahrbuch des Arbeitsrechts 2005: Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen – Rechtsprobleme und Reformvorschläge, unter 3.1.5. Prof. Dr. Kohte, Halle, hat ebenfalls Bedenken angemeldet. Darauf wird bei Besprechung des BAG-Urteils näher eingegangen.

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.

Urteil des LArbG Stuttgart vom 14. Juni 2006 – 10 Sa 43/06 -

I. Wesentliche Aussagen des Urteils

1. **§ 90 Abs. 2a SGB IX ist auf die Gleichstellung entsprechend anzuwenden.**
2. **Um einen Ausschluss des Sonderkündigungsschutzes nach § 90 Abs. 2a SGB IX zu vermeiden, muss der Antrag auf Gleichstellung so frühzeitig gestellt werden, dass eine Entscheidung der Bundesagentur für Arbeit in der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX i.V.m. § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IX (Mindestfrist von drei Wochen) noch vor Ausspruch der Kündigung ergehen kann.**

II. Der Fall

Der Kläger (geb. 1949) war seit 1.2.2005 bei dem Beklagten als Schlosser tätig. Das Arbeitsverhältnis wurde am **13.01.2006** zum **15.02.2006** ordentlich **gekündigt**. Zuvor, am **28.12.2005**, hatte der Kläger bei der Agentur für Arbeit die **Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen beantragt**. Am 30.01.2006 hat die Agentur für Arbeit dem Antrag entsprochen. Der Kläger macht geltend, dass die Kündigung wegen fehlender Zustimmung des Integrationsamts (§ 85 SGB IX) unwirksam sei. Der Beklagte vertritt die Auffassung, dass die §§ 85 ff SGB IX im konkreten Fall wegen § 90 Abs. 2a SGB IX nicht anzuwenden seien. Klage und Berufung hatten keinen Erfolg (wegen verspäteten Antrags auf Gleichstellung).

III. Die Entscheidung

Das LArbG hat entschieden, dass nach **§ 90 Abs. 2a SGB IX** die Kündigung dann nicht der Zustimmung des Integrationsamts bedarf, wenn die Schwerbehinderung im Zeitpunkt der Kündigung nicht offensichtlich oder festgestellt war oder der Antrag auf Anerkennung der

Schwerbehinderung nicht mindestens drei Wochen vor der Kündigung gestellt worden sei. Diese Regelung sei **auf die Gleichstellung entsprechend anzuwenden**. Da im vorliegenden Fall auch eine Gleichstellung bei Zugang der Kündigung nicht vorgelegen habe, komme nur die zweite Alternative (verzögerte Entscheidung) in Betracht. Auch diese helfe aber dem Kläger nicht, da er den **Antrag nicht so frühzeitig gestellt** habe, dass vor Ausspruch der Kündigung für die Entscheidung der Agentur für Arbeit die Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX i.V.m. § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IX (Mindestfrist drei Wochen) zur Verfügung gewesen sei.

Die **entsprechende Anwendung des § 90 Abs. 2a SGB IX** folgert das LArbG aus **§ 68 Abs. 3 SGB IX**, der bestimmt, dass, von hier nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen, auf gleichgestellte behinderte Menschen die Regelungen für schwerbehinderte Menschen anzuwenden sind. Das Gericht stützt die entsprechende Anwendung in Gleichstellungsfällen außerdem durch einen Hinweis in der **BT-Drs. 15/2318 S. 16 Nr. 20a** (im Urteil falsch zitiert), wo ausgeführt ist, "um dem zunehmenden Missbrauch.... in Fällen entgegenzuwirken, in denen Arbeitnehmer von vorne herein ein **aussichtsloses Feststellungs- oder Gleichstellungsverfahren**" einleiten, werde diese Regelung befürwortet. Gegen eine entsprechende Anwendung spreche nicht, dass der Arbeitgeber im Gleichstellungsverfahren nicht beteiligt sei; denn auf die **Kenntnis des Arbeitgebers** komme es bei Anwendung von § 90 Abs. 2a SGBIX nicht an. Ferner sei unbeachtlich, dass die Agentur für Arbeit die Entscheidung treffe und nicht das Versorgungsamt. Ein Ansatz für eine Differenzierung sei nicht erkennbar.

IV. Würdigung/Kritik

Die Entscheidung bringt wichtige Klärungen für die Anwendung von § 90 Abs. 2a SGB IX. In Rechtsprechung und Literatur werden nämlich noch sehr unterschiedliche Auffassungen vertreten.

1. Kenntnis des Arbeitgebers

Die **Kontroversen** beginnen mit der Frage, **ob der Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung Kenntnis von der Anerkennung als schwerbehinderter Mensch** (oder der Gleichstellung) gehabt haben müsse (dafür Bauer/Powietzka, NZA RR 2004,205,207; dagegen Kuhlmann in Ernst/Adlhoch/Seel, SGB IX, § 90 Rz. 40 S. 15). Diese Frage wird in der neuesten Rechtsprechung dahin beantwortet, dass eine Kenntnis des Arbeitgebers bei Ausspruch der Kündigung nicht erforderlich ist (LArbG Düsseldorf, Urt. v. 29.03.2006 - 17 Sa 132/05 -; LArbG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 26.04.2006 - 9 Sa 29/06 -; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 7.3.2006 – 7 A 11298/05 -). Auch das LArbG Stuttgart teilt in der vorliegenden Entscheidung diese Auffassung. Sie entspricht dem insofern klaren Wortlaut des Gesetzes.

2. Rechtzeitige Antragstellung

Eine zweite **Kontroverse** besteht in der Frage, ob die Sicherung des Sonderkündigungsschutzes nach der zweiten Alternative des § 90 Abs. 2a SGB IX (verspätete Entscheidung, die nicht auf einen Mitwirkungsmangel zurückgeht) eine **Antragstellung mindestens drei Wochen vor Ausspruch der Kündigung** erfordert. Dies wird vom LArbG Brandenburg (Urt. v. 30.8.2006 – 23 Sa 95/06 -) entgegen der

herrschenden Meinung abgelehnt, da die Antragstellung nicht zu den Mitwirkungspflichten gehöre und der Betroffene auch nicht voraussehen könne, welche Frist einzuhalten sei. Inzwischen hat aber auch das **BAG** (Urt. v. 1.3.2007 – 2 AZR 217/06 -) entschieden, dass diese Ausdehnung auf erst später getroffene Entscheidungen nur dort wirksam ist, wo der Antragsteller den Antrag auf Anerkennung der Schwerbeschädigung **mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung** gestellt hat, weil dies der Mindestzeitraum ist, der der Behörde selbst für einfache Fälle zur Verfügung stehen soll.

Die Einwände, der Antrag sei keine Mitwirkungshandlung und außerdem sei eine Frist, die an ein ungewisses Ereignis anknüpfe und damit nicht überschaubar sei, rechtswidrig, ziehen nicht. Denn **es geht hier nicht unmittelbar um eine Frist für den Antragsteller sondern um eine Bearbeitungsfrist für die Behörde**. Wenn nicht genügend Bearbeitungszeit vorhanden war, um den Antrag noch vor dem Zugang der Kündigung zu bescheiden, fehlt es an einem Grund, auch nachträgliche Entscheidungen zu berücksichtigen. Die sich daraus ergebende "Frist" für den Antragsteller ist **keine ihm aufgebene Frist, sondern ein Reflex aus der benötigten Bearbeitungszeit**.

In der Logik dieser Überlegungen liegt es, dass die Drei-Wochen-Frist in den Fällen nicht ausreicht, in denen Gutachten erforderlich sind und deshalb nach § 14 Abs.2 Satz 4 i.V.m. Abs. 5 Sätze 2 und 5 SGB IX der Behörde eine **längere Bearbeitungszeit** zugebilligt wird. In solchen Fällen ist zu prüfen, ob der Antrag so rechtzeitig eingereicht wurde, dass auch diese Bearbeitungszeiten vor Zugang der Kündigung zur Verfügung standen.

3. Entsprechende Anwendung auf Gleichstellungen

Die dritte Kontroverse rankt sich um die Frage, ob **§ 90 Abs. 2a zweite Alternative SGB IX auch auf Gleichstellungen** (§ 2 Abs. 3 SGB IX) anzuwenden ist. (Dafür z.B. LArbG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 12.10.2005 - 10 Sa 502/05 - , LArbG Brandenburg Urt. v. 30.8.2006 – 23 Sa 95/06 - , VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 20.6.2006 – 9 S 604/06 - und das vorliegende Urteil; Griebeling, NZA 2005,494,496; Rolfs BB 2005,1678, 1680; dagegen z.B. Düwell, BB 2004,2811,2913; Kuhlmann in Ernst/Adlhoch/Seel, SGB IX, § 90 Rz.41). Indes ist insoweit dem Gesetz mit großer Deutlichkeit zu entnehmen, dass eine entsprechende Anwendung zu erfolgen hat. Mit Recht hat das LArbG Stuttgart im vorliegenden Urteil auf **§ 68 Abs. 3 SGB IX** hingewiesen, der vorschreibt, dass die für schwerbehinderte Menschen geltenden **Bestimmungen auch auf Gleichgestellte anzuwenden** sind. Das gilt auch für § 90 Abs. 2a SGB IX. Abweichungen davon wären nur aus zwingenden systematischen Gründen denkbar, die aber nicht vorliegen. Inzwischen hat sich **auch das BAG** (Urteil v. 1.2.2007 – 2 AZR 217/06 -) dieser Auffassung angeschlossen.

Dass der Arbeitgeber im Gleichstellungsverfahren beteiligt ist und deshalb **Kenntnis** von dem Vorgang hat, ist **unbeachtlich**, weil § 90 Abs. 2a SGB IX nicht das Ziel hat, die Kenntnis des Arbeitgebers zu sichern, sondern Missbräuche der Berechtigten zu vermeiden (BT-Drs.15/2357 S. 24).

Dass aus den **Materialien** ein beredtes Schweigen des Gesetzgebers zu entnehmen sei, trifft ebenfalls nicht zu, wie das LArbG verdienstvollerweise herausgestellt hat; denn es ist im Entstehungsprozess des Gesetzes durchaus die Gleichstellung betont worden (Initiative des

Bundesrates **BT-Drs. 15/2318 S. 16**). Die maßgebliche Passage **lautet**: „Die Ergänzung ist erforderlich, um dem zunehmenden Missbrauch des Kündigungsschutzes in den Fällen entgegenzuwirken, in denen die Arbeitnehmer ein von vorn herein aussichtsloses **Feststellungs- oder Gleichstellungsverfahren** nur mit dem Ziel in die Wege leiten, den Kündigungsschutz für die Zeit dieses Verfahrens in Anspruch zu nehmen“.

Allerdings könnte die Endfassung der Gesetzesbegründung (**BT-Drs. 15/2357 S. 24**) dahin gedeutet werden, dass nur bei rechtzeitig eingereichten Anträgen an das Versorgungsamt noch spätere Entscheidungen berücksichtigt werden sollen. Es **heißt dort**: „ ... stehen Feststellungen nach § 69 Abs. 2 gleich. Der Kündigungsschutz gilt daneben nur noch in Fällen, in denen ... das Versorgungsamt ... noch keine Entscheidung treffen konnte“.

Dieser Wandel in der Begründung kann viele Gründe haben. Vage Vermutungen über den Inhalt des Gesetzes aus unscharfen Begründungen reichen aber nicht aus, die ausdrücklich vorgeschriebene Anwendung des § 90 Abs. 2a SGB IX auch bei Gleichstellungen zu durchbrechen, da es an der hinreichenden Klarheit fehlt. Es ist auch nicht selten, dass in den Begründungen systematische Zusammenhänge übersehen werden.

Ferner stimmt es nicht, dass eine Missbrauchsabwehr bei Gleichstellungen nicht erforderlich sei. Die **Missbrauchsgefahr** mag dort zwar geringer sein; dies reicht aber ebenfalls nicht, die ausdrücklich vorgeschriebene Anwendung auf Gleichgestellte zu ignorieren.

Unbeachtlich ist schließlich auch, dass in der zweiten Alternative des § 90 Abs. 2a SGB IX **keine spezielle Frist für Gleichstellungen** genannt ist. Das hängt damit zusammen, dass für das Gleichstellungsverfahren keine Bearbeitungsfrist vorgesehen ist, auf die verwiesen werden könnte. Mithin gilt auch für diese Fälle die Verweisung auf § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX. Diese Einheitlichkeit ist zudem aus Gründen der **Gleichbehandlung** geboten.

An dieser Stelle ist jedoch die oben angesprochene Kontroverse, ob dem Gesetz überhaupt die Bindung an eine Frist für die Antragstellung entnommen werden kann (a.A. LArbG Brandenburg (Urteil v. 30.8.2006 – 23 Sa 95/06 -), zu beachten.

Mit Recht sieht das LArbG Stuttgart auch darin, dass **für die Gleichstellung eine andere Behörde zuständig** ist, keinen Grund, der gegen eine entsprechende Anwendung spricht. Es ist zwar im Gesetzestext nur das Versorgungsamt genannt; die notwendige Folgerung zur Erfüllung des Gesetzesbefehls aus § 68 Abs.3 SGB IX ist dann aber die **entsprechende Anwendung** auf die Behörde, die über die Gleichstellung zu entscheiden hat.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass die für schwerbehinderte Menschen geltenden Bestimmungen auch für Gleichgestellte gelten, ist nicht vertretbar; denn § 69 Abs. 3 SGB IX kennt **nur wenige abschließend aufgeführte Ausnahmen**.

§ 90 Abs. 2a SGB IX gehört nicht dazu.

4. Rückwirkende Zubilligung

Offen ist bisher noch die **Auswirkung von (rückwirkend) erfolgreichen Rechtsmitteln**. Nimmt man nur den Wortlaut des § 90 Abs. 2a SGB IX, kann man zu der Auffassung gelangen, dass eine im Zeitpunkt der Kündigung abgelehnte Anerkennung einer Schwerbehinderung oder Gleichstellung den Sonderkündigungsschutz selbst dann ausschließt, wenn im Widerspruchs- oder Klageverfahren die Anträge doch noch Erfolg haben (so in der Tat Kuhlmann in Ernst/Adlhoch/Seel, SGB IX § 90 Rz. 42;

Grimm/Brock/Windelen DB 2005,282,283). Dem wird aber überwiegend nicht gefolgt (Düwell, a.a.O unter 3.1.4; Rolfs, BB 2005, 1678,1680; LArbG Düsseldorf 22.3.2005 – 6 Sa 1938/04 – BehindR 2005, 198;LArbG Köln, Urt. v. 16.6.2006 – 12 Sa 168/06 - , VG Stuttgart Urt. v. 15.12.2005 – 8 K 660/05 - ; ähnl. Zu einem vergleichbaren Problem VG Münster, Beschluss v. 31.3.2006 – 6 A 349/05 -).

Dem Außerachtlassen späterer Richtigstellungen im Klageverfahren stehen insbesondere das Gebot der **Gleichbehandlung (Art 3 Abs.1 GG)** und das **Rechtsstaatsprinzip (Art. 19 Abs. 3GG)** entgegen. Das **Rechtsstaatsgebot** erfordert einen **effektiven Rechtsschutz** (BVerfGE 37, 150, 153; 60, 253, 296f; 84, 34, 49f.). Das gilt auch für Teile der Auswirkungen einer Entscheidung öffentlicher Träger. Es muss also auch der durch Ablehnung der Anerkennung oder Gleichstellung versagte Zugang zum Sonderkündigungsschutz effektiv durchsetzbar sein. Einstweilige Anordnungen reichen nicht in allen Fällen, weil nicht immer genügend Zeit zur Verfügung steht. Außerdem müssen auch die Fälle bedacht werden, in denen der Antrag auf einstweilige Anordnung abgelehnt wird.

Das **Gleichbehandlungsgebot** verbietet unsachliche Differenzierungen; eine solche liegt vor, wenn diejenigen schlechter behandelt werden, bei denen die **Verwaltung einen Fehler** begeht und die deshalb erst in einer späteren Instanz (rückwirkend) als schwerbehinderte Menschen anerkannt oder gleichgestellt werden.

Allerdings kann so in vielen Fällen **nicht erreicht werden, dass der Arbeitgeber** im Zeitpunkt der Kündigung **Klarheit über die Erforderlichkeit einer Zustimmung** hat. Das war aber auch nicht das erklärte Ziel des § 90 Abs. 2a SGB IX. Die verfassungsrechtlichen Hürden lassen außerdem keinen anderen Weg zu.

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