


Gericht:	BAG 2. Senat	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	01.03.2007	Normen:	§§ 85ff SGB 9, § 68 Abs 1 SGB 9, § 90 Abs 2a SGB 9, § 85 SGB 9
Aktenzeichen:	2 AZR 217/06	Zitiervorschlag:	BAG, Urteil vom 01. März 2007 - 2 AZR 217/06 -, BAGE 121, 335-346
Dokumenttyp:	Urteil		

Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen

Leitsatz

1. Die Vorschrift des § 90 Abs. 2a SGB IX (juris: SGB 9) gilt nicht nur für schwerbehinderte Menschen, sondern auch für ihnen nach § 68 SGB IX gleichgestellte behinderte Menschen. (Rn.29)
2. Nach § 90 Abs. 2a 1. Alt. SGB IX findet der Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen dann keine Anwendung, wenn die Schwerbehinderung im Zeitpunkt der Kündigung nicht nachgewiesen ist. (Rn.37)
3. Trotz fehlenden Nachweises bleibt der Sonderkündigungsschutz dagegen dann nach § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX bestehen, wenn das Fehlen des Nachweises nicht auf fehlender Mitwirkung des Arbeitnehmers beruht. Das Fehlen des Nachweises beruht nach dem Gesetz jedenfalls dann auf fehlender Mitwirkung des Arbeitnehmers, wenn er den Antrag auf Anerkennung oder Gleichstellung nicht mindestens drei Wochen vor der Kündigung gestellt hat. § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX enthält insoweit die Bestimmung einer Vorfrist. (Rn.43)

Fundstellen

BAGE 121, 335-346 (Leitsatz und Gründe)
 AP Nr 2 zu § 90 SGB IX (Leitsatz und Gründe)
 DB 2007, 1702-1704 (Leitsatz und Gründe)
 EBE/BAG 2007, 122-125 (Leitsatz und Gründe)
 AiB 2007, 614-615 (Leitsatz und Gründe)
 Behindertenrecht 2007, 166-170 (Leitsatz und Gründe)
 EzA § 90 SGB IX Nr 1 (Leitsatz und Gründe, red. Leitsatz)
 EzTöD 100 § 34 Abs 1 TVöD-AT Schwerbehinderte Nr 5 (Leitsatz und Gründe)
 NZA 2008, 302-305 (Leitsatz und Gründe, red. Leitsatz)
 EEK 3309 (red. Leitsatz und Gründe)

weitere Fundstellen

StuB 2007, 442 (Kurzwiedergabe)
 PKR 2007, 54 (Kurzwiedergabe)
 EzA-SD 2007, Nr 6, 12 (Kurzwiedergabe)
 AiB Newsletter 2007, Nr 4, 5 (Kurzwiedergabe)
 AuA 2007, 239 (Kurzwiedergabe)
 dbr 2007, Nr 4, 6 (Kurzwiedergabe)
 ZTR 2007, 184 (Kurzwiedergabe)
 ArbuR 2007, 135 (Kurzwiedergabe)
 PERSONAL 2007, Nr 4, 54 (Kurzwiedergabe)
 ZMV 2007, 142-143 (Kurzwiedergabe)
 FA 2007, 154 (Kurzwiedergabe)
 PersF 2007, Heft 6, 117 (Kurzwiedergabe)
 EzA-SD 2007, Nr 15, 9-10 (Leitsatz, red. Leitsatz)
 EBE/BAG Beilage 2007, Ls 104/07 (Leitsatz)

ArbN 2007, Nr 5, 34 (Kurzwiedergabe)
 ArbRB 2007, 261-262 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)
 MDR 2007, 1143 (Leitsatz)
 dbr 2007, Nr 10, 42 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)
 PersF 2007, Heft 11, 96 (red. Leitsatz)
 PersR 2007, 362 (Leitsatz)
 AuA 2008, 56-57 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)
 AuA 2008, 241 (red. Leitsatz)
 ZBVR online 2007, Nr 11, 24 (Kurzwiedergabe)
 SozSichplus 2010, Nr 1, 8 (Kurzwiedergabe)
 AP Nr 6 zu § 85 SGB IX (Leitsatz)
 Gute Arbeit 2012, Nr 6, 30 (Kurzwiedergabe)
 Behindertenrecht 2014, 66 (Kurzwiedergabe)

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Kaiserslautern, 10. Mai 2005, Az: 5 Ca 1049/04, Urteil
 vorgehend Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz 10. Kammer, 12. Oktober 2005, Az: 10 Sa 502/05, Urteil

Tenor

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 12. Oktober 2005 - 10 Sa 502/05 - wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen krankheitsbedingten Kündigung.
- 2

Die 1957 geborene Klägerin trat 1995 in die Dienste der Beklagten. Als Chemiarbeiterin erzielte die Klägerin zuletzt eine Bruttovergütung von 2.300,00 Euro. Sie wies in den Jahren 1997 bis 2004 Arbeitsunfähigkeitszeiten wie folgt auf:

Jahr	Kranktage	Kranktage mit Efz	Bruttoentgeltfortzahlung in €	AG-Anteile in €	Gesamtaufwendungen in €
1997	29	29	2.297,97	479,13	2.777,10
1998	118	63	5.065,47	1.056,15	6.121,62
1999	75	63	5.218,82	1.088,12	6.306,94
2000	229	0	0,00	0,00	0,00
2001	99	0	0,00	0,00	0,00
2002	115	64	5.886,57	1.227,35	7.113,92
2003	54	54	5.185,06	1.081,09	6.226,15
2004	87	53	5.135,94	1.070,84	6.206,78

- 3 Den Fehlzeiten lagen ab Juni 2003 bis zum Kündigungszeitpunkt nach der Auflistung der AOK Rheinland-Pfalz seelische Leiden sowie vereinzelt eine Herzerkrankung, präkordiale Schmerzen und eine Lumboischialgie zugrunde.
- 4 Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis nach Anhörung des der Kündigung widersprechenden Betriebsrates mit Schreiben vom 6. Dezember 2004 zum 31. März 2005.

5 Am 14. Dezember 2004 ging der Beklagten ein Schreiben der Bundesagentur für Arbeit vom 10. Dezember 2004 zu, in dem ihr mitgeteilt wurde, die mit einem Grad von 40 behinderte Klägerin habe am 3. Dezember 2004 einen Antrag auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen gestellt. Dem Gleichstellungsantrag, der zunächst abschlägig beschieden worden war, ist durch Widerspruchsbescheid vom 7. April 2005 mit Wirkung ab 3. Dezember 2004 stattgegeben worden.

6 Die Klägerin hält die Kündigung für sozial ungerechtfertigt. Eine negative Krankheitsprognose könne nicht gestellt werden. Auch hätten ihre Erkrankungen keine betrieblichen Beeinträchtigungen verursacht. Der Betriebsrat sei vor Ausspruch der Kündigung nicht ordnungsgemäß angehört worden. Zudem fehle es an der nach § 85 SGB IX erforderlichen Zustimmung des Integrationsamtes, weil ein Ausnahmefall des § 90 Abs. 2a SGB IX nicht gegeben sei.

7

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 6. Dezember 2004 nicht beendet worden ist,
2. im Falle des Obsiegens mit dem Klageantrag Ziffer 1. die Beklagte zu verurteilen, sie zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Chemiarbeiterin weiterzubeschäftigen.

8 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und vorgetragen, aus den häufigen Fehlzeiten der Klägerin ergebe sich eine negative Gesundheitsprognose. Auf Grund der orthopädischen und neurasthenischen Leiden sei auch in Zukunft mit erheblichen Fehlzeiten zu rechnen. Die bisherigen Fehlzeiten hätten zu erheblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigungen in Form der hohen Entgeltfortzahlungskosten geführt, die sich - mit Ausnahme des Zeitraums der Langzeiterkrankung - auf jährlich ca. drei Monatsgehälter beliefen. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß informiert worden. Einer Zustimmung des Integrationsamtes vor Kündigungsausspruch habe es nach § 90 Abs. 2a SGB IX nicht bedurft.

9

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren erstinstanzlichen Kündigungsschutzantrag weiter.

Entscheidungsgründe

10 Die Revision ist nicht begründet. Das Arbeitsverhältnis ist durch die Kündigung vom 6. Dezember 2004 zum 31. März 2005 aufgelöst worden. Die Kündigung bedurfte nicht der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes nach § 85 iVm. § 68 Abs. 1 und 3, § 2 Abs. 3 SGB IX, weil die Klägerin den Gleichstellungsantrag nicht mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung gestellt hat (§ 90 Abs. 2a SGB IX).

11 A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen nach § 1 Abs. 2 KSchG seien gegeben. Die Fehlzeiten der Klägerin rechtfertigten die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang und führten zu einer erheblichen betrieblichen Beeinträchtigung, weil die Beklagte jährlich nahezu bis zu drei Monate Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall leisten müsse. Insgesamt überwiege das Interesse der Beklagten an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der Betriebsrat sei vor Kündigungsausspruch nach § 102 Abs. 1 BetrVG ordnungsgemäß angehört worden. Einer Zustimmung des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX vor Kündigungsausspruch habe es nicht bedurft. Der von der Klägerin in Anspruch genommene Sonderkündigungsschutz beginne frühestens drei Wochen nach Antragstellung. Das folge auch für gleichgestellte Arbeitnehmer aus § 90 Abs. 2a SGB IX.

- 12 B. Dem folgt der Senat im Ergebnis und in der Begründung.
- 13 I. Nicht zu beanstanden ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden. Die Beklagte hat dem Betriebsrat den aus ihrer Sicht bestehenden Kündigungssachverhalt vollständig, nicht irreführend und nach ihrem Kenntnisstand zutreffend mitgeteilt.
- 14 II. Die Kündigung ist aus einem personenbedingten Grund sozial gerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 KSchG.
- 15 1. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend von den Grundsätzen ausgegangen, die der Senat zur Kündigung wegen häufiger (Kurz-) Erkrankungen entwickelt hat (*zuletzt etwa 10. November 2005 - 2 AZR 44/05 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 42 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 52*). Danach ist zunächst - erste Stufe - eine negative Gesundheitsprognose erforderlich. Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur dann geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung sozial zu rechtfertigen, wenn sie auch zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen - zweite Stufe -. Neben Betriebsablaufstörungen können auch wirtschaftliche Belastungen des Arbeitgebers, etwa durch zu erwartende erhebliche Entgeltfortzahlungskosten zu einer Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen. In einem dritten Prüfungsschritt ist im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung zu prüfen, ob diese Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hingenommen werden müssen.
- 16 2. Gemessen an diesen Grundsätzen ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht annimmt, dass die Voraussetzungen für eine krankheitsbedingte Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen nach § 1 Abs. 2 KSchG gegeben sind.
- 17 a) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht eine negative Gesundheitsprognose auf Grund der in der Vergangenheit aufgetretenen Krankheitszeiten für indiziert und diese Indizwirkung nicht als erschüttert angesehen. Zutreffend hat es darauf hingewiesen, dass näherer Tatsachenvortrag der Klägerin erforderlich gewesen wäre, aus welchen Gründen trotz der kurzen Zeitspanne zwischen der letzten attestierten Erkrankung am 29. November 2004 und dem Zugang der Kündigung am 7. Dezember 2004 mit weiteren krankheitsbedingten Ausfällen nicht zu rechnen war, zumal die Klägerin noch im Oktober und Mitte November 2004 an im Wesentlichen gleichartigen Störungen litt.
- 18 b) Zu Unrecht rügt die Klägerin, das Landesarbeitsgericht habe verkannt, dass ihr Vortrag nur dahingehend gewertet werden können, ihr behandelnder Arzt Dr. S habe bereits vor Kündigungsausspruch eine positive Gesundheitsprognose gestellt. Die Klägerin hat in den Vorinstanzen zu keinem Zeitpunkt behauptet, ihr behandelnder Arzt habe die Gesundheitsprognose bezüglich aller prognosefähiger Krankheiten positiv beurteilt. Stattdessen hat sie sich auf die Aufzählung ihrer Ansicht nach für eine positive Prognose sprechender Behandlungsmethoden und pauschal auf eine Verbesserung ihres Gesundheitszustandes berufen. Das ist nicht ausreichend. Soweit die Klägerin erstmals in der Revisionsinstanz behauptet, ihr behandelnder Arzt habe vor Kündigungsausspruch eine positive Prognose abgegeben, handelt es sich um neuen Tatsachenvortrag, der in der Revisionsinstanz keine Berücksichtigung mehr finden kann.
- 19 3. Ohne revisiblen Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht angenommen, es liege eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung auf Grund der Fehlzeiten der Klägerin vor. Nach der Rechtsprechung des Senats stellen Entgeltfortzahlungskosten, die jeweils für einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen jährlich aufzuwenden sind, eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen dar (*10. November 2005 - 2 AZR 44/05 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 42 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 52*). Dieses Maß ist hier deutlich überschritten.
- 20 4. Die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts weist keinen revisionsrechtlich relevanten Fehler auf. Auch die Revision hat keinen solchen Fehler aufgezeigt.
- 21 III. Die Kündigung ist nicht nach § 85 iVm. § 68 Abs. 1 und 3, § 2 Abs. 3 SGB IX unwirksam. Die Beklagte war nicht verpflichtet, vor Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigung die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen. Nach § 90 Abs. 2a SGB IX genießen schwerbehinderte Menschen und Gleichgestellte Sonderkündigungsschutz nur dann, wenn sie entweder bei Zugang der Kündigung bereits als Schwerbehinderte anerkannt oder ihnen gleichgestellt sind oder den Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderung bzw. den Gleichstellungsantrag min-

destens drei Wochen vor Zugang der Kündigung gestellt haben. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

- 22 1. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber bedarf nach § 85 SGB IX der vorherigen Zustimmung durch das Integrationsamt.
- 23 a) Nach der bisherigen Rechtslage war Voraussetzung des Sonderkündigungsschutzes, dass vor Zugang der Kündigung ein Bescheid über die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch ergangen oder jedenfalls ein entsprechender Antrag gestellt war (*so auch nach der Übernahme des Schwerbehindertenrechts in das SGB IX: Senat 20. Januar 2005 - 2 AZR 675/03 - AP SGB IX § 85 Nr. 1 = EzA SGB IX § 85 Nr. 3; noch zu § 15 SchwbG: 7. März 2002 - 2 AZR 612/00 - BAG-GE 100, 355*). In letzterem Fall trat der Sonderkündigungsschutz bei Anerkennung rückwirkend mit dem Tag der Antragstellung ein.
- 24 b) Gemäß § 85 iVm. § 68 Abs. 1 und 3, § 2 Abs. 3 SGB IX erfordert auch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines einem schwerbehinderten Menschen Gleichgestellten durch den Arbeitgeber die vorherige Zustimmung des Integrationsamtes. Nach § 68 Abs. 2 SGB IX erfolgt die Gleichstellung behinderter Menschen mit schwerbehinderten Menschen auf Grund einer Feststellung nach § 69 SGB IX auf Antrag des behinderten Menschen durch die Bundesagentur für Arbeit. Da der Schwerbehindertenschutz für gleichgestellte schwerbehinderte Menschen iSd. § 2 Abs. 3 SGB IX mit dem Tag des Eingangs des Antrags auf Gleichstellung bei der Agentur für Arbeit beginnt, konnte nach bisheriger Rechtslage auch eine Kündigung, die zwischen Antragstellung und Gleichstellung ausgesprochen wurde, unwirksam sein, sofern der Gleichstellungsantrag positiv beschieden wurde (*vgl. APS/Vossen 2. Aufl. § 85 SGB IX Rn. 11; KR-Etzel 7. Aufl. vor §§ 85 - 92 SGB IX Rn. 24; ErfK/Rolfs 7. Aufl. § 85 SGB IX Rn. 7*).
- 25 2. Obwohl die Klägerin durch Bescheid der Bundesagentur für Arbeit vom 7. April 2005 mit Wirkung ab Antragstellung am 3. Dezember 2004 einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt wurde, bedurfte die Kündigung der Beklagten vom 6. Dezember 2004, welche der Klägerin am 7. Dezember 2004 zugegangen ist, nicht der Zustimmung des Integrationsamtes. Das ergibt sich aus der nunmehr durch § 90 Abs. 2a SGB IX geänderten Rechtslage.
- 26 a) Es bedarf keiner Entscheidung, ob die Klägerin bereits deshalb gehindert ist, sich auf den Sonderkündigungsschutz eines einem schwerbehinderten Menschen Gleichgestellten zu berufen, weil sie sich gegenüber der Beklagten nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts erstmals am 3. Februar 2005 auf ihren Gleichstellungsantrag berufen und damit ihren Sonderkündigungsschutz verwirkt hat (*vgl. dazu Senat 1. März 2007 - 2 AZR 650/05 -*).
- 27 b) Die Klägerin genießt bereits nach § 90 Abs. 2a SGB IX nicht den Sonderkündigungsschutz nach § 85 iVm. § 68 Abs. 1 und 3, § 2 Abs. 3 SGB IX.
- 28 aa) Für schwerbehinderte Menschen findet das Zustimmungserfordernis des § 85 SGB IX gem. § 90 Abs. 2a SGB IX, eingeführt mit Wirkung ab 1. Mai 2004 durch das Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 23. April 2004 (BGBl. I S. 606), keine Anwendung, wenn zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte.
- 29 bb) Die Vorschrift des § 90 Abs. 2a SGB IX gilt auch für gleichgestellte Arbeitnehmer.
- 30 (1) Dies wird allerdings teilweise verneint (*Düwell BB 2004, 2811, 2813; ders. Jahrbuch Arbeitsrecht 2005, 91, 102; Stahlhacke/Preis/Vossen-Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 1472d; Bauer/Powietzka NZA-RR 2004, 505, 507 Fn. 15; Gaul/Süßbrich ArbRB 2005, 212, 214; Schlewing NZA 2005, 1218, 1224*). Das wird vor allem mit dem Wortlaut der Vorschrift begründet, da das Gesetz nur von den "Versorgungsämtern" und von schwerbehinderten Menschen spricht.
- 31 (2) Nach anderer Ansicht (*KR-Etzel 8. Aufl. §§ 85 - 90 SGB IX Rn. 53j; Griebeling NZA 2005, 494, 496; ders. in Hauck/Noftz SGB IX Stand Dezember 2006 § 90 Rn. 20; Kossens/von der Heide/Maaß-Kossens SGB IX 2. Aufl. § 90 Rn. 18; Grimm/Brock/Windeln DB 2005, 282, 284; Westers br 2004, 93, 96; Rolfs/Barg BB 2005, 1678, 1680 f.; Staffhorst AuA 1/2005, 35, 38; Bernhardt/Barthel AuA 8/2004, 20, 23; LAG Baden-Württemberg 14. Juni 2006 - 10 Sa 43/06 - und 8. März 2006 - 17 Sa 82/05 -*) ist § 90 Abs. 2a SGB IX jedoch auf das Gleichstellungsverfahren

anwendbar, weil eine Besserstellung der weniger schutzbedürftigen Gruppe der Gleichgestellten sachlich nicht zu rechtfertigen und mit dem Zweck der Regelung des § 90 Abs. 2a SGB IX nicht zu vereinbaren sei.

- 32 (3) Der Senat folgt der zuletzt genannten Auffassung.
- 33 (a) Der Wortlaut des § 90 Abs. 2a SGB IX erwähnt in der Tat nur schwerbehinderte Menschen, nicht aber Gleichgestellte. Dies steht jedoch einer Anwendung der Norm auf die Gleichgestellten nicht entgegen. Auf Grund der Generalverweisung des § 68 Abs. 3 SGB IX sind auf gleichgestellte behinderte Menschen (mit Ausnahme des § 125 und des Kapitels 13) die besonderen Regelungen für schwerbehinderte Menschen anzuwenden. Dieser Gesetzesbefehl ist klar und unmissverständlich. Ebenso wie die Kündigung eines Gleichgestellten anerkanntermaßen der Zustimmung des Integrationsamtes bedarf, obwohl auch § 85 SGB IX sich dem Wortlaut nach auf diese nicht bezieht, gilt § 90 Abs. 2a SGB IX auch für Gleichgestellte.
- 34 (b) Eine planwidrige Regelungslücke, die nur im Wege der Analogie zu schließen wäre, liegt nicht vor. Entgegen der Auffassung der Revision ist hierbei nicht erheblich, dass § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX mit § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX auf eine Vorschrift verweist, die nach ihrem Wortlaut nur auf Personen anwendbar ist, die die Eigenschaft als schwerbehinderte Menschen nach § 2 Abs. 2 SGB IX beantragen, und die für das Gleichstellungsverfahren vor der Bundesagentur für Arbeit nicht gilt. Die Norm des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX findet durch den Fristenverweis in § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX mittelbar Anwendung. Im Übrigen dürfte der Spezialverweis auf "die Frist" des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX seinen Grund in einer technischen Vereinfachung haben. § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX selbst verweist auf die Fristen des § 14 SGB I, der sich auf Leistungsanträge bezieht und damit ohnehin in völlig anderem Regelungszusammenhang steht.
- 35 (c) In dieselbe Richtung weist die Entstehungsgeschichte des § 90 Abs. 2a SGB IX. Der Bundesrat strebte im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zunächst an, den Sonderkündigungsschutz in den Fällen entfallen zu lassen, in denen der behinderte Mensch dem Arbeitgeber vor der Kündigung den Ausweis über die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch (§ 69 Abs. 5 SGB IX) oder den Gleichstellungsbescheid (§ 68 Abs. 2 SGB IX) nicht vorgelegt hat. Zur Begründung führte er an, die entsprechende Ergänzung des § 85 SGB IX sei erforderlich, um dem zunehmenden Missbrauch des Kündigungsschutzes in den Fällen entgegenzuwirken, in denen Arbeitnehmer ein von vorneherein aussichtsloses Feststellungs- oder Gleichstellungsverfahren nur mit dem Ziel in die Wege leiten, die Regelungen über den Kündigungsschutz für die Zeit dieses Verfahrens in Anspruch zu nehmen (BR-Drucks. 746/2/03 S. 23). In ähnlicher Richtung beklagte auch die Stellungnahme der Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellten (BHI) gegenüber dem Ausschuss für Gesundheit und Soziale Sicherung vom 30. Oktober 2003 (Ausschussdrucks.15/0376 S. 6) einen zunehmenden Missbrauch, wobei besonders "versierte" Anwälte sogar vorsorglich und zeitgleich einen Gleichstellungsantrag beim Arbeitsamt stellten. Damit war bereits während des Gesetzgebungsverfahrens ein Regelungsbedarf auch für die einem schwerbehinderten Menschen Gleichgestellten ersichtlich, dem der Bundestag ausweislich der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 15/2357 S. 24) nachkommen wollte.
- 36 (d) Da der Gesetzgeber Missbrauch nicht lediglich beim Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen, sondern auch bei der Anerkennung als einem schwerbehinderten Menschen Gleichgestellter erkannt hatte, gebietet der Sinn und Zweck der Vorschrift ihre Anwendung auch auf Gleichgestellte. Dies gilt umso mehr, als die gegenteilige Auffassung zu dem nicht nachvollziehbaren Ergebnis führen würde, dass während des Gleichstellungsverfahrens nach wie vor - bei nachträglicher Anerkennung - von Beginn an Sonderkündigungsschutz bestünde, während "echte" Schwerbehinderte den Einschränkungen des § 90 Abs. 2a SGB IX unterlägen. Dass der Gesetzgeber eine derartige Ungleichbehandlung beabsichtigt hat, ist nicht anzunehmen.
- 37 cc) Die Voraussetzungen von § 90 Abs. 2a 1. Alt. SGB IX sind hier nicht gegeben, weil zum Zeitpunkt der Kündigung die Gleichstellung nicht nachgewiesen war. Die Frage, ob der Nachweis gegenüber dem Arbeitgeber geführt werden muss, dh. ihm der entsprechende Bescheid vor Ausspruch der Kündigung vorgelegt werden muss, um den Sonderkündigungsschutz zu erhalten (*Bauer/Powietzka NZA-RR 2004, 505, 507; Cramer NZA 2004, 698, 704; Böhm ArbRB 2004, 377*), oder ob - wofür die besseren Gründe sprechen - die objektive Existenz eines geeigneten Bescheides genügt, der die Schwerbehinderung - bzw. die Gleichstellung - nachweist (*Etzel FS zum 25-jährigen Bestehen der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV 241, 248 f.; Griebeling NZA 2005, 494, 496 f.; ders. in Hauck/Noftz SGB IX Stand Dezember 2006 § 90 Rn. 22; Düwell*

BB 2004, 2811, 2812; Westers br 2004, 93, 95; Kossens/von der Heide/Maaß-Kossens SGB IX 2. Aufl. § 90 Rn. 20; Grimm/Brock/Windeln DB 2005, 282, 285; Westers br 2004, 93, 96; Rolfs/Barg BB 2005, 1678, 1679; Schlewing NZA 2005, 1218, 1219; Staffhorst AuA 1/2005, 35; Bernhardt/Barthel AuA 8/2004, 20, 23; Striegel FA 2005, 12, 13; Schulze AuR 2005, 252, 254), kann dahinstehen, da im Streitfall die Gleichstellung bei Zugang der Kündigung noch nicht erfolgt war.

- 38 dd) Die Klägerin kann den Sonderkündigungsschutz als Gleichgestellte auch nicht wegen § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX geltend machen. Sie hat den Gleichstellungsantrag nicht mindestens drei Wochen vor der Kündigung gestellt.
- 39 (1) Nach § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX finden die Vorschriften über den Sonderkündigungsschutz keine Anwendung, wenn 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 die Fristen des § 14 Abs. 2, sowie Abs. 5 Satz 2 und 5 SGB IX, die sich auf die Feststellung von Rehabilitationsbedarf beziehen. Muss für diese Feststellung ein Gutachten nicht eingeholt werden, entscheidet der Rehabilitationsträger innerhalb von drei Wochen nach Antragseingang (§ 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IX). Ist für die Feststellung des Rehabilitationsbedarfs ein Gutachten erforderlich, erstellt der Gutachter das Gutachten innerhalb von zwei Wochen und die Entscheidung über die Feststellung ergeht nach weiteren zwei Wochen, insgesamt damit 7 Wochen nach Antragseingang (§ 14 Abs. 2 Satz 4, Abs. 5 Satz 2, 5 SGB IX). Weiter nimmt § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX Bezug auf § 60 Abs. 1 SGB I, der Regelungen über die Mitwirkungspflichten für Antragsteller von Sozialleistungen enthält.
- 40 (2) Welche Rechtsfolgen die neu gefasste Vorschrift des § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX nach sich zieht, wird unterschiedlich beurteilt.
- 41 (a) Nach wohl überwiegender Auffassung in der Literatur (*Düwell in JbArbR Bd. 43 S. 91, 99 ff., ders. BB 2004, 2811, 2812; Etzel FS zum 25-jährigen Bestehen der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV 241, 250; Griebeling NZA 2005, 494, 497 f.; ders. in Hauck/Noftz SGB IX Stand Dezember 2006 § 90 Rn. 23; Friemel/Walk AiB 2005, 598, 599; Gaul/Süßbrich ArbRB 2005, 212, 213; Grimm/Brock/Windeln DB 2005, 282, 283; Brock/Windeln ArbRB 2006, 272, 275; Westers br 2004, 93, 96; Staffhorst AuA 1/2005, 35, 37; Bernhardt/Barthel AuA 8/2004, 20, 23*) findet der besondere Kündigungsschutz nach § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX nur dann Anwendung, wenn die in § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX bestimmten Fristen - mindestens jedoch die Drei-Wochen-Frist - bei Kündigungszugang verstrichen sind, eine Feststellung des Versorgungsamtes (bzw. der Bundesagentur für Arbeit) nicht getroffen ist und diese fehlende Feststellung nicht auf einer fehlenden Mitwirkung des Antragstellers beruht.
- 42 (b) Die Gegenansicht (*Rolfs/Barg BB 2005, 1678, 1682; Bauer/Powietzka NZA-RR 2004, 505, 506 f.*) versteht § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX unter Berufung auf den Wortlaut der Vorschrift dahingehend, dass sie den besonderen Kündigungsschutz dann ausschließt, wenn der Arbeitnehmer zwar letztlich seine Anerkennung als schwerbehinderter Mensch (bzw. Gleichgestellter) erstreiten kann, eine zeitnahe positive Entscheidung über seinen Antrag innerhalb von drei oder sieben Wochen nach Antragseingang aber an seiner (zunächst) mangelnden Mitwirkung gescheitert war. Hieraus wird umgekehrt gefolgert, dass der Sonderkündigungsschutz in allen übrigen Fällen bestehen bleibt.
- 43 (c) Nach Auffassung des Senats sprechen für die erstgenannte Auffassung die besseren Argumente. Nach dem Gesetzeswortlaut ist kein Fall denkbar, in dem die zweite Alternative des § 90 Abs. 2a SGB IX (es liegt kein Nachweis vor, weil das Versorgungsamt mangels Mitwirkung noch keine Feststellung treffen konnte) eingreift, ohne dass gleichzeitig bereits die erste Alternative (es liegt kein Nachweis vor) erfüllt ist. Da der Gesetzgeber kaum beabsichtigt haben dürfte, dass die zweite Alternative keinen Anwendungsfall hat, muss § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX als Einschränkung der ersten Alternative verstanden werden. Grundsätzlich findet der Sonderkündigungsschutz daher keine Anwendung, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch bzw. Gleichgestellter nicht nachgewiesen ist (§ 90 Abs. 2a 1. Alt. SGB IX). Dagegen bleibt nach § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX der Sonderkündigungsschutz trotz fehlenden Nachweises bestehen, wenn der Antrag so frühzeitig vor Kündigungszugang gestellt worden ist, dass eine Entscheidung vor Ausspruch der Kündigung - bei ordnungsgemäßer Mitwirkung des Antragstellers - binnen der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX möglich gewesen wäre. Der Antrag muss also mindestens drei Wochen vor der Kündigung gestellt sein. § 90 Abs. 2a

2. Alt. SGB IX erweist sich damit als Bestimmung einer Vorfrist. Das entspricht auch dem oben beschriebenen Zweck des § 90 Abs. 2a SGB IX. Mit der hier abgelehnten Auslegung wäre dagegen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage nichts gewonnen: Nach wie vor würde jeder vor der Kündigung gestellte Antrag die Wirksamkeit der ohne Zustimmung des Integrationsamtes ausgesprochenen Kündigung zumindest vorübergehend in Frage stellen. Eben diese zu Missbräuchen einladende Situation wollte das Gesetz beseitigen. Da ein sich endgültig als aussichtslos erweisendes Anerkennungsverfahren auch nach bisheriger Rechtslage keinen besonderen Kündigungsschutz begründen konnte, kann das Gesetz nur dahingehend verstanden werden, dass mit § 90 Abs. 2a SGB IX Rechtssicherheit geschaffen werden sollte. Das setzt voraus, dass ein Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft (bzw. Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen) so frühzeitig - dh. unter Einhaltung der Drei-Wochen-Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2, § 14 Abs. 2 SGB IX - und zudem ordnungsgemäß mit allen erforderlichen Angaben gestellt werden muss, dass eine positive Entscheidung vor Ausspruch der Kündigung bei ordnungsgemäßer Bearbeitung möglich gewesen wäre. Dabei ist, da § 90 Abs. 2a SGB IX allein auf "die Frist" des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX verweist, nur die dreiwöchige Grundfrist maßgeblich. Ein anderes Verständnis - je nach Lage drei- oder siebenwöchige Frist - würde dem Ziel des Gesetzgebers zuwiderlaufen, Rechtssicherheit in die, wie schon der Wortlaut des Gesetzes zeigt, durch verfahrensrechtliche Komplikationen erheblich befrachtete Materie hinein zu tragen.

44 (d) Nicht zu überzeugen vermag auch die Überlegung, dem später dann doch - rückwirkend - anerkannten oder gleichgestellten Arbeitnehmer müsse die Möglichkeit eingeräumt werden, ggf. durch Restitutionsklage die Unwirksamkeit der Kündigung geltend zu machen, zumindest müsse er einem Restitutionskläger gleichgestellt werden. Würde man diesem Vorschlag folgen, so wäre das oben beschriebene Ziel des Gesetzgebers deutlich verfehlt. Es würde sich im Ergebnis nichts an der bisherigen Rechtslage ändern.

45 ee) Da die Klägerin ihren Gleichstellungsantrag vorliegend erst am 3. Dezember 2004 und damit nur wenige Tage vor Zugang der Kündigung am 7. Dezember 2004 gestellt hat, kann sie sich nicht auf den Sonderkündigungsschutz berufen. Darauf, dass sie - von der Beklagten unbestritten - sämtlichen Mitwirkungspflichten nachkam und sie nicht dafür verantwortlich war, dass die Entscheidung der Bundesagentur für Arbeit wegen der Weihnachtsfeiertage länger als drei Wochen nach Antragseingang benötigte, kommt es daher nicht entscheidungserheblich an.

46

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Rost

Brühl

Schmitz-Scholemann

Rost

Pitsch

für den wegen Ablaufs

der Amtszeit an der

Unterschrift verhinderten

ehrenamtlichen

Richter Beckerle

