

## **Sonderkündigungsschutz bei Schwerbehinderten**

### **§ 1 Abs. 2 KSchG; §§ 85, 68 Abs. 1 und 3, 90a Abs. 2a SGB IX**

1. Regelmäßige Erkrankungen von mehr als sechs Wochen jährlich über einen Zeitraum von acht Jahren berechtigen den Arbeitgeber regelmäßig zur krankheitsbedingten Kündigung, da sie eine negative Gesundheitsprognose rechtfertigen und zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung führen.
2. Der Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen findet keine Anwendung, wenn die Schwerbehinderteneigenschaft zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nicht nachgewiesen ist, weil der Schwerbehinderte den Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft nicht mindestens drei Wochen vor der Kündigung gestellt hat (§ 90 Abs. 2a SGB IX).
3. § 90 Abs. 2a SGB IX gilt auch für den Schwerbehinderten gleichgestellte Menschen.

(Leitsätze des Bearbeiters)

### **BAG, Urteil vom 1. März 2007 –2 AZR 217/06**

#### **Problempunkt**

Die Klägerin war seit 1995 bei der Beklagten als Chemiarbeiterin beschäftigt. In den Jahren 1997 bis 2004 war sie im Jahresdurchschnitt mehr als 40 Arbeitstage arbeitsunfähig erkrankt. Die häufigen Fehlzeiten wurden in erster Linie durch seelische Leiden verursacht. Die Beklagte entschloss sich zur krankheitsbedingten Kündigung. Sie hörte zunächst den Betriebsrat an, der der Kündigung widersprach. Danach kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 6.12.2004 zum 31.3.2005.

Am 3.12.2004, also drei Tage vor Ausspruch der Kündigung, stellte die Klägerin einen Antrag auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen. Die zu-

ständige Behörde gab dem Antrag im Widerspruchsverfahren durch Bescheid vom 7.4.2005 mit Wirkung ab 3.12.2004 statt.

Die Klägerin führte eine Kündigungsschutzklage. Sie meinte, die Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt und wegen fehlender Zustimmung des Integrationsamts unwirksam.

### **Entscheidung**

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hält die Kündigung für wirksam. Sie ist aus krankheitsbedingten Gründen gerechtfertigt. Häufige Erkrankungen berechtigen zur personenbedingten Kündigung, wenn

- die Gesundheitsprognose für die Zukunft negativ ist (1. Stufe),
- durch die Erkrankungen die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers erheblich beeinträchtigt sind (2. Stufe),
- und eine Interessenabwägung im Einzelfall ergibt, dass diese Beeinträchtigung vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hingenommen werden muss (3. Stufe).

Eine negative Gesundheitsprognose (1. Stufe) ist indiziert, wenn über mehrere Jahre Kurzerkrankungen von mehr als 30 bis zu über 100 Krankheitstagen pro Jahr vorlagen, selbst wenn sie nicht alle auf ein und dieselbe Ursache zurückzuführen sind. Um die Indizwirkung zu erschüttern, muss der Arbeitnehmer detailliert vortragen, aus welchen Gründen mit weiteren krankheitsbedingten Ausfällen nicht zu rechnen ist.

Kurzzeitige Erkrankungen von insgesamt mehr als sechs Wochen Dauer pro Jahr, wie im vorliegenden Fall, führen außerdem aufgrund der Pflicht zur Entgeltfortzahlung zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers (2. Stufe).

Die Interessenabwägung im Einzelfall (3. Stufe) ergab ebenfalls kein anderes Ergebnis. Die krankheitsbedingte Kündigung war demnach gerechtfertigt.

Die Kündigung ist auch nicht nach § 85 i.V.m. § 68 Abs. 1 und 3 Neuntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX) unwirksam. Grundsätzlich verlangt § 85 SGB IX für die

Kündigung von Schwerbehinderten die vorherige Zustimmung des Integrationsamts. Dieser besondere Kündigungsschutz gilt auch für Menschen, die Schwerbehinderten gleichgestellt sind. Die Gleichstellung erfolgt durch Feststellung der Bundesagentur für Arbeit. Sie wird an dem Tag wirksam, an dem der Antrag eingeht (§ 68 Abs. 2 SGB IX). Vorliegend hatte die Klägerin den Antrag drei Tage vor Ausspruch der Kündigung gestellt.

Trotzdem entschieden die Erfurter Richter, dass sie keinen Sonderkündigungsschutz genießt, da der Ausnahmefall des § 90 Abs. 2a, 1. Alt. SGB IX vorlag. Die Vorschrift gilt gemäß der Generalverweisung in § 68 Abs. 3 SGB IX auch für Anträge auf Gleichstellung von behinderten mit schwerbehinderten Menschen. Dadurch wird eine Besserstellung der weniger schutzbedürftigen Gruppe der Gleichgestellten gegenüber den Schwerbehinderten ausgeschlossen.

Nach § 90 Abs. 2a, 1. Alt. SGB IX besteht kein Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen, wenn die Schwerbehinderteneigenschaft zum Zeitpunkt der Kündigung nicht nachgewiesen ist. Hier erging der Bescheid jedoch erst nach der Kündigung. Das BAG ließ daher offen, ob der Nachweis gegenüber dem Arbeitgeber zu führen ist oder ob es bereits genügt, dass der Bescheid der Behörde vorliegt.

Der Sonderkündigungsschutz kann jedoch auch ohne Nachweise bestehen bleiben, wenn die 2. Alternative des § 90 Abs. 2a SGB IX vorliegt. Voraussetzung dafür ist, dass der Arbeitnehmer den Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderung mindestens drei Wochen vor Ausspruch der Kündigung gestellt hat. Das war hier nicht der Fall.

### **Konsequenzen**

Nach der bisherigen Rechtslage war eine Kündigung, die der Arbeitgeber zwischen Antragstellung und Gleichstellung ausgesprochen hatte, wegen fehlender Zustimmung des Integrationsamts unwirksam, sofern die zuständige Behörde den Gleichstellungsantrag positiv beschied. Dies eröffnete dem Mitarbeiter die Möglichkeit, sich den Schwerbehindertenschutz noch kurz vorher zu verschaffen. Er musste nur, nachdem er im Rahmen der Betriebsratsanhörung von der bevorstehenden Kündigung erfahren hatte, die Gleichstellung beantragen.

Diesen Missbrauch will § 90 Abs. 2a SGB IX verhindern. Der Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen greift daher nach dem BAG nur, wenn der

Mitarbeiter den Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft mindestens drei Wochen vor der Kündigung gestellt hat. Das gilt auch für den Schwerbehinderten gleichgestellte Menschen.

Es kommt also für den Sonderkündigungsschutz der Gleichgestellten nicht auf die Wirksamkeit der Gleichstellung (Tag der Antragstellung) an, sondern auf den Anwendungsbereich des Kündigungsschutzes für Schwerbehinderte (§ 90 Abs. 2a SGB IX).

### **Praxistipp**

Für Arbeitgeber hat sich das Risiko bei Kündigungen reduziert. Sie müssen eine Unwirksamkeit wegen fehlender Zustimmung des Integrationsamts nach § 85 SGB IX nur noch befürchten, wenn

- der Arbeitnehmer den Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft/Gleichstellung mindestens drei Wochen vor Ausspruch der Kündigung gestellt hat und
- die Gerichte zukünftig den bloßen Bescheid der Behörde – ohne Vorlage beim Arbeitgeber – als Nachweis gemäß § 90 Abs. 2a SGB IX genügen lassen.

Rechtsanwalt Dr. Reinhard Möller,  
Rechtsanwälte Bartsch und Partner, Karlsruhe