

<b>Gericht:</b>	Landesarbeitsgericht Niedersachsen 11. Kammer
<b>Entscheidungsdatum:</b>	23.10.2018
<b>Aktenzeichen:</b>	11 Sa 225/18
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:LAGNI:2018:1023.11Sa225.18.00
<b>Dokumenttyp:</b>	Urteil
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 16 SGB 1, § 2 Abs 3 SGB 9, § 60 Abs 1 SGB 9, § 69 Abs 1 S 2 SGB 9, § 85 SGB 9 ... mehr
<b>Zitiervorschlag:</b>	Landesarbeitsgericht Niedersachsen, Urteil vom 23. Oktober 2018 - 11 Sa 225/18 -, juris

---

## **Wahrung der Frist des § 90 Abs. 2 a SGB IX durch telefonische Antragstellung**

### **Leitsatz**

Die vom BAG als Vorfrist verstandene Frist von 3 Wochen gem. § 90 Abs. 2 a, § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX wird auch durch die mündliche bzw. telefonische Stellung eines Gleichstellungsantrags gewahrt.

### **Orientierungssatz**

(Revision eingelegt unter dem Aktenzeichen 2 AZR 513/18)

### **Verfahrensgang**

vorgehend ArbG Braunschweig, 31. Januar 2018, 4 Ca 136/17, Urteil  
nachgehend BAG, 28. März 2019, 2 AZR 513/18, sonstige Erledigung: Vergleich  
Diese Entscheidung wird zitiert

### **Literaturnachweise**

Adrian Philipp, ArbR 2019, 101 (Anmerkung)  
Bettina Krämer, SozSichplus 2019, Nr 8/9, 9 (Anmerkung)

### **Tenor**

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Braunschweig vom 31.01.2018 - 4 Ca 136/17 - abgeändert.

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 30.03.2017 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Die Revision wird zugelassen.

### **Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung.
- 2 Wegen des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.
- 3 Das Arbeitsgericht Braunschweig hat mit Urteil vom 31.01.2018 die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Kündigung sei nicht nach § 85 i. V. m. § 68 Abs. 1, § 2 Abs. 3 SGB IX unwirksam. Die Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, vor Ausspruch der Kündigung die Zustimmung des Integrationsamts einzuholen. Gemäß § 90 Abs. 2a SGB IX finde das Zustimmungserfordernis des § 85 SGB IX 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. § 90 Abs. 2a SGB IX gelte nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch für gleichgestellte Arbeitnehmer. Die Voraussetzungen von § 90 Abs. 2 a Alternative 1 SGB IX seien nicht gegeben, weil der Kläger den Gleichstellungsantrag nicht mindestens drei Wochen vor der Kündigung gestellt habe. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts habe die Vorschrift den Charakter einer Vorfrist. Da der Kläger zwar seinen Gleichstellungsantrag am 06.03.2017 telefonisch gestellt habe, die zur ordnungsgemäßen Bearbeitung des Antrags erforderlichen Unterlagen der Bundesagentur für Arbeit erst am 13.03.2017 zugegangen sein, habe der Kläger die dreiwöchige Vorfrist nicht gewahrt. Er könne sich daher auf den Sonderkündigungsschutz nicht berufen.
- 4 Die Kündigung sei auch nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Die Beklagte habe den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß unterrichtet. Die Kammer halte die Darlegung der Betriebsratsanhörung durch eine Bezugnahme auf das Anhörungsschreiben vom 22.03.2017 für zulässig. In dem Anhörungsschreiben vom 22.03.2017 seien die Sozialdaten des Klägers vollständig und zutreffend wiedergegeben. Das schließe insbesondere den Hinweis auf den vom Kläger gestellten Gleichstellungsantrag ein. Dem Betriebsrat seien als Anlagen auch die arbeitsmedizinischen Stellungnahmen und der Reha-Bericht zugänglich gemacht worden.
- 5 Die Kündigung sei auch aus Gründen der Person des Klägers sozial gerechtfertigt im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Der Kläger könne seine vertraglich geschuldete Tätigkeit aus krankheitsbedingten Gründen dauerhaft nicht mehr erbringen. Es bestünden keine mildereren Mittel, um der bestehenden Vertragsstörung angemessen zu begegnen. Die in der Entlassungsdiagnose vom 20.12.2016 aufgeführten Diagnosen würden durch das Gutachten des Dr. K. vom 28.07.2017, das im Rahmen der nachfolgenden Kündigung eingeholt wurde, bestätigt. Selbst der Kläger räume ein, dass er nicht mehr sämtliche Tätigkeiten am Arbeitsplatz des Einrichters erledigen könne, sondern lediglich Teilaufgaben.
- 6 Nach Auffassung der Kammer könne dahin gestellt bleiben, ob die Beklagte ein BEM ordnungsgemäß durchgeführt habe. Jedenfalls habe die Beklagte ihre aus einer nicht ordnungsgemäßen Durchführung eines BEM resultierende erhöhte Darlegungslast erfüllt. Zur Überzeugung der Kammer stehe fest, dass eine leidensgerechte Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger nicht bestehe. Aus dem Gutachten gehe hervor, dass Herr Dr. K. am 21.07.2017 selbst eine Arbeitsplatzbesichtigung vorgenommen habe. Der Kläger habe nicht konkret aufzeigen können, dass der Gutachter die Arbeitsplätze falsch dargestellt oder bewertet habe, noch dass die Feststellung zum Restleistungsvermögen des

Klägers in irgendeiner Weise fehlerhaft sein. Zu dem beziehe sich das Gutachten auch ausdrücklich auf die Beschäftigungsbereiche, in denen der Kläger für sich eine leidensgerechte Beschäftigung reklamiert habe, nämlich Einrichter, Werkstatt und Lager/Magazin.

- 7 Bezüglich einzelner Beschäftigungsmöglichkeiten gelte: Der Arbeitsplatz des am 28.11.2017 verstorbenen Mitarbeiters Herrn J. sei im Kündigungszeitpunkt nicht frei gewesen, zudem sei Herr J. als Einrichter beschäftigt gewesen.
- 8 Die Stelle des Leiters des Magazins, Herrn W. sei ersatzlos gestrichen worden. Es fehle daher schon an einem freien Arbeitsplatz, ohne dass es einer Erörterung bedürfe, ob der Kläger über eine ausreichende Qualifikation für diese Stelle verfüge. Darüber hinaus habe Dr. K. in dem Gutachten ausgeführt, dass auch im Magazin/Lager zum Ein- und Ausräumen von Materialien belastende Körperbewegungen wie Überkopfarbeiten oder tiefes Bücken erforderlich seien.
- 9 Die Beschäftigung als Qualitätskoordinator scheidet aus, weil es sich um eine um zwei Entgeltgruppen höherwertigere Tätigkeit handele. Ein Beförderungsanspruch des Klägers bestehe nicht.
- 10 Arbeitsplätze als Messeinrichter und für die Nachbearbeitung gesperrter Deckel sei nach der Betriebsorganisation der Beklagten nicht vorhanden. Die Beklagte sei nicht verpflichtet, einen entsprechenden Arbeitsplatz neu zu schaffen.
- 11 Gegen dieses ihm am 13.02.2018 zugestellte Urteil hat der Kläger am 07.03.2018 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Begründungsfrist fristgemäß am 30.05.2018 begründet.
- 12 Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts könne sich der Kläger auf den besonderen Kündigungsschutz gemäß § 85 i. V. m. § 68 Abs. 1, § 2 Abs. 3 SGB IX berufen, denn er habe den Antrag auf Gleichstellung am 06.03.2017 und somit drei Wochen vor Zugang der Kündigung, 31.03.2017 gestellt. Der Antrag könne formlos, schriftlich oder mündlich gestellt werden. Dies habe der Kläger telefonisch bei der Agentur für Arbeit am 06.03.2017 ordnungsgemäß veranlasst. Dass ausgefüllten Unterlagen erst am 13.03.2017 eingegangen seien, sei nicht entscheidungserheblich. Bei der telefonischen Antragstellung habe der Kläger seinen Namen, den Grad der Behinderung und die Adresse mitgeteilt. Daraufhin habe der Kläger die Unterlagen zum Ausfüllen bekommen, die aus mehreren Seiten bestanden hätten. Der Antrag sei auf der Internetseite der Agentur für Arbeit nicht ohne weiteres auffindbar. Der Bewilligungsbescheid über einen GdB von 40 % sei vom 29.03.2017. Der Sonderkündigungsschutz scheitere auch nicht an fehlender Mitwirkung des Klägers, die im Übrigen die Beklagte darzulegen und zu beweisen habe.
- 13 Ferner sei entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts die Betriebsratsanhörung unwirksam. Ein bloßer Verweis auf das Anhörungsschreiben samt vermeindlicher Anlagen nicht ausreichend. Anlagen könnten zur Erläuterung des schriftsätzlichen Vortrages dienen, diesen aber nie ersetzen. Im Übrigen sei die Anhörung auch unwirksam, weil die Beklagte den Betriebsrat über evtl. Beschäftigungsmöglichkeiten, insbesondere auch das Restleistungsvermögen des Klägers nicht ausreichend informiert habe. Nicht ersichtlich sei, dass die Beklagte sich im Vorfeld mit der Möglichkeit einer Änderungskündigung, ggfls. auch der Arbeitszeitreduzierung des Klägers auseinandergesetzt habe. Die Beklagte erwähne in dem Anhörungsschreiben nicht, dass bei den geführten Gesprächen ein

Vertreter der Schwerbehindertenvertretung mit anwesend gewesen sei, der mehrfach zum Ausdruck gebracht habe, dass für den Kläger nach einem geeigneten Einsatz gesucht werden müsse. Ebenso werde nicht erwähnt, dass der Kläger im Verlauf der BEM-Gespräche zum Ausdruck gebracht habe, dass die Deutsche Rentenversicherung zur Förderung der Teilhabe am Arbeitsleben in Anspruch genommen werden könne.

- 14 Schließlicb werde auch nicht die Auffassung des Arbeitsgerichts geteilt, dass die Kündigung aus krankheitsbedingten Gründen sozial gerechtfertigt sei. Zwar treffe zu, dass der Kläger aufgrund bestehender gesundheitlicher Beeinträchtigungen einzelne Arbeitsvorgänge der zuletzt ausgeübten Tätigkeit als Einrichter nicht mehr erbringen könne. Dies betreffe jedoch nur einzelne Teilaufgaben. Die Beklagte hätte den Kläger mit Fehleranalyse, Qualitätsüberwachung, der Beseitigung einfacher Störungen sowie Wartung und Reparatur von vor- und nachgeschalteten Anlagen weiterhin beschäftigen können. Dr. K. komme in seinem Gutachten zu dem Ergebnis, dass der Kläger leichte Tätigkeiten bis 6 Stunden täglich verrichten könne. Dies habe zur Folge, dass die Beklagte nach wie vor ihr Direktionsrecht ausüben und die Arbeitsleistung des Klägers abrufen könne. Zwar sei der Kläger arbeitsvertraglich als Einrichter eingestellt worden. Gleichzeitig enthalte der Arbeitsvertrag jedoch eine Versetzungsklausel.
- 15 Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts habe die Beklagte auch kein ordnungsgemäßes BEM-Verfahren durchgeführt und die ihr erhöhte Darlegungslast nicht erfüllt. Der Kläger habe die Einladungsschreiben nicht mehr in seinem Besitz. Es werde daher bestritten, dass die Schreiben Hinweise zur Datenerhebung und Datenverwendung enthielten. Außerdem sei erstinstanzlich mehrfach darauf hingewiesen worden, dass das BEM-Verfahren nicht ergebnisoffen durchgeführt worden sei.
- 16 Der Kläger bleibe dabei, dass er im Bereich des Magazins eingesetzt werden könne. Nach Ausscheiden des bisherigen Leiters Herrn W. sei die Stelle in Teilzeit mit einer Mitarbeiterin neu besetzt worden. Somit habe zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung eine freie Stelle bzw. das Freiwerden einer Stelle vorgelegen. Beim Magazin handele es sich um ein Teilelager. Dort würden Teile eingeliefert und einsortiert. Dabei handele es sich um eine Tätigkeit, die der Kläger sowohl leistungs- als auch qualifikationsmäßig ausüben könne. Bestellungen von fehlenden Teilen erfolgt in der Art, dass diese eingescannt und die Bestellung abgeschickt werde. Insoweit der Gutachter Dr. K. ausführe, dass auch im Magazin belastende Körperbewegungen wie Überkopf-Arbeiten und tiefes Bücken erforderlich seien, so mache dies allenfalls 10 % der gesamten Tätigkeit aus. Wenn der Kläger eine Teilzeitstelle innehätte, wäre er höchstens mit einer Stunde pro Arbeitstag mit Ein- und Ausräumarbeiten beschäftigt, was er problemlos übernehmen könne. Auch hinsichtlich des Gewichts der zu bearbeitenden Teile handele es sich um 90 % Kleinteile. Der Kläger bestreitet, dass für die Stelle eine kaufmännische Ausbildung sowie gute bis sehr gute Englischkenntnisse notwendig seien. Der Kläger habe sich bereits in der Vergangenheit mit Lehrgängen zu Word, Excel und Powerpoint fortgebildet. In SAP hätte er unter Beachtung der Kündigungsfrist von der Beklagten eingearbeitet werden können. Weitere Fortbildungskosten beispielsweise auch in Englisch, hätten auch mit Unterstützung der Deutschen Rentenversicherung durchgeführt werden können. Der Kläger hätte ebenfalls als Qualitätskoordinator beschäftigt werden können. Der bisherige Stelleninhaber sei G. sei ebenfalls vorher als Einrichter beschäftigt gewesen. Es sei nicht ersichtlich, was die Beklagte mit „intensiven Computerkenntnissen“ meine.

- 17      Bezüglich der Tätigkeiten Messeinrichtung und Nachbearbeitung gesperrter Deckel hätte die Beklagte ebenfalls Leistungen der Deutschen Rentenversicherung zum Erhalt des Arbeitsplatzes in Anspruch nehmen können. In diesem Zusammenhang hätte die Beklagte testen können, ob es lohne, einen entsprechenden Arbeitsplatz einzurichten. Auch im Bereich der Werkstatt könne der Kläger zumindest Teilaufgaben übernehmen. So würden in der Werkstatt etwa Kleinteile fachmännisch aufbereitet, restauriert, geschärft, zerlegt, gereinigt usw.. Mit der Aufbereitung dieser Kleinteile könne die Beklagte den Kläger in Vollzeit beschäftigen. Dieser Aspekt sei von Herrn Dr. K. in seinem Gutachten jedoch nicht berücksichtigt worden.
- 18      Schließlich könne die Beklagte den Kläger als Pförtner beschäftigen. Dies werde derzeit von einem Fremdunternehmen durchgeführt. Auch hier hätte die Beklagte in Erwägung ziehen müssen, diese Tätigkeit ggfls. mit Fördermitteln der Deutschen Rentenversicherung dem Kläger zuzuweisen.
- 19      Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts sei außerdem zu berücksichtigen, dass sämtliche orthopädischen Beschwerden, die beim Kläger nun bestehen, auf seine Tätigkeit bei der Beklagten zurückzuführen sein. Er sei über 30 Jahre mit schweren körperlichen Arbeiten beschäftigt gewesen. So habe er 5 Jahre lang Bleche einlegen und Stanzen bestücken müssen. Dort habe er pro Schicht etwa 2 Tonnen Metall bewegt. Die Leistungsbewertungen, die die Beklagte halbjährlich durchführe, seien beim Kläger durchgängig gut bis sehr gut gewesen. Danach habe der Kläger sich ständig in verschiedenen Bereichen fortgebildet.
- 20      Schließlich rügt der Kläger in der Berufungsbegründung, dass die Beklagte beim Ausspruch der Kündigung die bei ihr bestehende Schwerbehindertenvertretung nicht angehört habe.
- 21      Der Kläger beantragt,
- 22              das Urteil des Arbeitsgerichts Braunschweig vom 31.01.2018 – 4 Ca 136/17 – abzuändern und festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 30.03.2017 nicht aufgelöst ist.
- 23      Die Beklagte beantragt,
- 24              die Berufung zurückzuweisen.
- 25      Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Zum besonderen Kündigungsschutz des § 85 SGB IX sei der Rechtsauffassung des Arbeitsgerichts zu folgen, wonach die dreiwöchige Vorfrist nicht gewahrt worden sei, da die zur ordnungsgemäßen Bearbeitung des Antrags erforderlichen Unterlagen unstreitig erst am 13.03.2017 vom Kläger der Bundesagentur für Arbeit zugesandt worden seien. Die ausschließlich telefonische Antragstellung des Klägers am 06.03.2017 reiche nicht aus. Zu einem ordnungsgemäßen Antrag gehörten neben den Angaben zur Person unter Angaben zum Grad der Behinderung insbesondere ausführliche Angaben zum Beruf und zum Arbeitsverhältnis ebenso wie die Begründung des Antrags, nämlich weswegen der Mitarbeiter davon ausgehe, dass sein Arbeitsverhältnis gefährdet sei, wenn wegen der Behinderung eine Gleichstellung nicht erfolge.

- 26 Im Hinblick auf die Berufungsbegründung trägt die Beklagte sodann umfangreich weiter zur Anhörung des Betriebsrates vor.
- 27 Das Arbeitsgericht habe die Kündigung zu recht für sozial gerechtfertigt gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG gehalten, da der Kläger seine vertraglich geschuldete Tätigkeit als Maschineneinrichter aus krankheitsbedingten Gründen dauerhaft nicht mehr erbringen könne. Insbesondere laute der Reha-Bericht im Anschluss an die Maßnahme vom 08.11. bis 20.12.2016 dahingehend, dass selbst eine Wiedereingliederung nicht möglich sei. Dies habe Herr Dr. K. in seinem Gutachten bestätigt. Wie bereits ausgeführt, erfordere der Arbeitsplatz als Einrichter eine Komplexität von Aufgaben, die entgegen der Auffassung des Klägers nicht getrennt wahrgenommen werden könnten. Insbesondere habe der Gutachter auf Seite 19 des Gutachtens ausgeführt:
- 28 *„Unterstützungsleistung durch Kollegen müsste wegen des komplexen Aufgabengebietes während der gesamten Arbeitsschicht erfolgen, so dass die Restleistung des Herrn A. als nicht mehr ausreichend wertschöpfend eingeschätzt wird.“*
- 29 Das Direktionsrecht der Beklagten hinsichtlich der Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes sei bereits durch den Arbeitsvertrag eingeschränkt, in dem nämlich nur vorübergehend eine andere Tätigkeit zugewiesen werden könne.
- 30 Im Magazin sei eine Vollzeitstelle durch Herrn R. besetzt, der einen Grad der Behinderung von 60 aufweise. Die Stelle des bisherigen Magazinleiters Herrn W. habe die Beklagte zum 01.03.2017 durch eine kaufmännisch ausgerichtete befristete Teilzeitkraft intern neu besetzt. Gemäß Stellenausschreibung seien gute Englischkenntnisse und gute EDV-Kenntnisse Voraussetzung gewesen. Der Aufgabenbereich umfasse insoweit die Disposition und Lagerhaltung sowie die buchungsmäßige Abwicklung aller Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe. Die guten Englischkenntnisse auf Level B2 seien sowohl zur Verständigung mit den Mitarbeitern der Rechnungsprüfung im Schwesterwerk in B. erforderlich als auch für die regelmäßige Abstimmung mit dem Deckelwerk in D. in E.
- 31 Der Kläger sei auch nicht als Qualitätskoordinator zu beschäftigen. Nach der Entgeltsystematik seien die Qualitätskoordinatoren ein bis zwei Stufen höher bewertet als die Einrichter. Zwar komme dies beim Kläger konkret nicht zum Tragen, weil er aufgrund früherer Eingruppierungspraxis als Einrichter eine höhere Einstufung erhalten habe. Die fachlichen Anforderungen erforderten jedoch eine beruflich umfassende Weiterbildung, zum Beispiel zum Industriemeister, Techniker und vergleichbarem. Die physischen Anforderungen erforderten eine Arbeit im Drei-Schicht-Betrieb im 7-Tage-Rhythmus, ebenso das Staplerfahren. Auch diesen rein physischen Anforderungen sei der Kläger gemäß Gutachten Dr. K. nicht gewachsen.
- 32 Eine Tätigkeit im Bereich Werkstatt (PM & R) sei bereits im BEM-Verfahren erörtert worden. Insoweit der Kläger vortrage, dass in der Werkstatt überwiegend Kleinteile gewartet würden, sei dies falsch. Derartige Teile würden bei der Beklagten in der Regel gar nicht repariert. Ferner müssten Mitarbeiter der Abteilung PM & R die Instand zu setzenden Teile auch in der Produktion ausbauen und hiernach wieder einbauen.
- 33 Die Beklagte habe bereits mit Schriftsatz vom 10.11.2017 ausgeführt, dass es einen Arbeitsplatz als Messeinrichter im Betrieb der Beklagten schon seit Jahren nicht mehr ge-

be. Ebenso sei ein Arbeitsplatz „Nachbearbeitung gesperrter Deckel“ nicht gegeben. Es handele sich dabei um Teiltätigkeiten anderer Arbeitsplätze.

- 34 Die Beklagte halte auch keine Arbeitsplätze als Pförtner vor.
- 35 Die ordnungsgemäße Durchführung einem BEM-Verfahrens sei nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts keine Wirksamkeitsvoraussetzung für eine krankheitsbedingte Kündigung. Der Kläger könne sich auch nicht auf eine erhöhte Darlegungslast der Beklagten hinsichtlich anderer Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten berufen, da er das letzte laufende BEM-Verfahren durch Mitteilung seines früheren Prozessbevollmächtigten Rechtsanwalt G. der Kläger werde den Termin am 20.03.2017 nicht wahrnehmen, einseitig beendet habe.
- 36 Zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung habe es keine Schwerbehindertenvertretung bei der Beklagten gegeben. Herr J. sei zu diesem Zeitpunkt bereits langzeiterkrank gewesen. Sein Stellvertreter Herr H. im Dezember 2016 verstorben. Die Beklagte habe vorsorglich das Anhörungsschreiben an den Betriebsrat gleichzeitig an die Schwerbehindertenvertretung adressiert und dem Betriebsratsvorsitzenden übergeben.
- 37 Wegen der weiteren Einzelheiten im Parteivorbringen wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie die Protokollerklärung der Parteien Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

- 38 Die Berufung ist zulässig gemäß §§ 519, 520 ZPO, §§ 64, 66 ArbGG.
- 39 Sie ist auch begründet. Die Kündigung der Beklagten vom 30.03.2017 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet.
- 40 Die Kündigung ist unwirksam, weil es an einer erforderlichen Zustimmung des Integrationsamtes gemäß § 85 SGB IX fehlt. Im Folgenden sind jeweils die Vorschriften des SGB in ihrer zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung geltenden Fassung zitiert.
- 1.
- 41 § 90 Abs. 2 a SGB IX regelt in der 1. Alternative eine Ausnahme vom Anwendungsbereich der §§ 85 ff. SGB IX (Nichtvorliegen eines Anerkennungsbescheides). Die 2. Alternative enthält in der Auslegung durch das Bundesarbeitsgericht vom 1.3.2007 (2 AZR 217/06, BAGE 121, 335) eine Rückausnahme (rechtzeitige Antragstellung). Das LAG Düsseldorf hat mit Urteil vom 22.3.05 (6 Sa 1938/04, LAGE Nr.1 zu § 90 SGB IX) angenommen, dass für § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX der Arbeitgeber beweispflichtig sei, allerdings unter Anwendung einer gestuften Darlegungslast. In der Literatur wird vorwiegend eine Beweislast des Arbeitnehmers befürwortet (vgl. KR/Gallner 11. Aufl. § 85 – 90 SGB IX Rn. 58). Diese Frage braucht aber nicht abschließend entschieden zu werden.
- 2.
- 42 a) Der Kläger hat am 06.03.2017 telefonisch einen Antrag bei der zuständigen Bundesagentur für Arbeit auf Gleichstellung gestellt. Nachdem bereits erstinstanzlich entsprechende Bestätigungen seitens der Bundesagentur vorgelegt worden sind, legt auch die Beklagte dies als unstreitig zugrunde. Eine Anerkennung des Klägers mit einem GdB von 30 lag zu diesem Zeitpunkt bereits vor. Mit einer Antragstellung am 06.03.2017 hat der

Kläger die nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts als Vorfrist verstandene Frist des § 90 Abs. 2 a SGB IX gewährt.

- 43 Nach den allgemeinen sozialrechtlichen Verfahrensgrundsätzen der § 16 SGB I, §§ 9 und 18 SGB X können Anträge im Grundsatz wirksam formfrei, d. h. mündlich oder auch telefonisch gestellt werden. Antrag ist jedes Verhalten eines Bürgers, mit dem das Begehren einer sozialrechtlichen Leistung ausgedrückt wird (Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Komm. zum Sozialrecht 4. Aufl. § 18 SGB X Rn. 6). Im Grundsatz sind die Leistungsträger verpflichtet darauf hinzuwirken, dass unverzüglich klare und sachdienliche Anträge gestellt und unvollständige Angaben ergänzt werden (§ 16 Abs. 3 SGB I). Die Folgen fehlender Mitwirkung des Antragstellers in Bezug auf eine Leistungsgewährung sind in § 66 SGB I normiert. Im Rahmen der Gesetzessystematik ist allerdings zu berücksichtigen, dass es sich bei Anträgen auf Anerkennung als schwerbehinderter Mensch oder auf Gleichstellung nicht um die Gewährung einer Sozialleistung handelt (Hauck/Noftz SGB IX § 69 Rn. 11). Gleichmaßen wie für die Anerkennung als schwerbehinderter Mensch in § 69 SGB IX ist für einen Gleichstellungsantrag nach § 2 Abs. 3 SGB IX eine besondere Form im Gesetz nicht vorgesehen. Diese rechtliche Würdigung hat auch die Bundesagentur für Arbeit als zuständige Behörde angenommen und in ihren Gleichstellungsbescheid vom 29.03.2017 eine Rückwirkung auf die Antragstellung am 06.03.2017 ausgesprochen.
- 44 Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 01.03.2007 (2 AZR 217/06, AP Nr. 2 zu § 90 SGB IX) unter Randnr. 43 einen Halbsatz angefügt, der lautet: „...und zudem ordnungsgemäß mit allen erforderlichen Angaben...“. Eine Auseinandersetzung mit den insoweit maßgeblichen sozialrechtlichen Verfahrensvorschriften fehlt an dieser Stelle. Es ist auch nicht ersichtlich, ob das Bundesarbeitsgericht hier neben die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung eine eigenständige arbeitsrechtliche Beurteilung des § 90 Abs. 2a SGB IX stellen wollte. Angesichts des vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Falls – Antragsstellung jedenfalls nur drei Tage vor Ausspruch der Kündigung – war eine nähere Auseinandersetzung mit den gebotenen Inhalten einer Antragsstellung für diese Entscheidung auch entbehrlich gewesen. Darüber hinaus stellt sich grundlegend die Problematik der Tatbestandswirkung einer rechtskräftigen behördlichen Entscheidung und insoweit die Frage, wie weit die Arbeitsgerichtsbarkeit an eine derartige bestandskräftige Entscheidung gebunden ist. Zwar sieht § 60 Abs. 2 SGB I – für die Beantragung von Sozialleistungen – vor, dass vorhandene Vordrucke benutzt werden „sollen“. Die Unwirksamkeit eines formlos gestellten Antrages lässt sich daraus aber nicht herleiten. Im Übrigen bliebe es bei mündlicher/telefonischer Antragstellung dem Sachbearbeiter unbenommen, die Angaben aus dem Formular selbst abzufragen. Der in § 90 Abs. 2a SGB IX in Bezug genommene § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX verweist lediglich wegen der Frist auf § 60 Abs. 1 SGB I. Ein Verweis auf die „Soll-Vorschrift“ des § 60 Abs. 2 SGB I besteht gerade nicht.
- 45 Zwar hat der Gesetzgeber mit der Regelung des § 90 Abs. 2a SGB IX im Jahr 2004 ausdrücklich einem von ihm festgestellten Missbrauch entgegenwirken wollen. Nach der vom BAG vorgenommenen Auslegung ging es dabei gerade darum, den früheren Schwebezustand längerer Prüfungszeiträume auch bei letztlich begründeten Anträgen zu beenden und Rechtssicherheit zu schaffen. Gleichwohl zeigt der vorliegende Fall, dass der Zweck Rechtssicherheit zu schaffend, es nicht gebietet, in den Wortlaut des § 90 Abs. 2a SGB IX weitere inhaltliche Anforderungen hineinzulesen.

46 b) Es ist auch nicht auf fehlende Mitwirkung des Klägers zurückzuführen, dass die Bundesagentur für Arbeit erst nach Ablauf der Regelfrist von drei Wochen über den gestellten Gleichstellungsantrag entschieden hat. Die allein auf die Form der Mitteilung bezogene Obliegenheit der Formularbenutzung erweitert nicht den Gegenstand der in § 60 Abs.1 Nr. 1 und 2 SGB I normierten Mitwirkungspflichten (Hauck/Noftz SGB I § 60 Rn. 49). Der Kläger hat vorgetragen, er habe das schriftliche Antragsformular von der Agentur für Arbeit zugeschickt bekommen. Jedenfalls ist nach Bestätigung der Bundesagentur für Arbeit das ausgefüllte Formular 6 Tage nach der telefonischen Antragstellung bei der Bundesagentur für Arbeit eingegangen. Es ist aus den Schriftwechsel nicht ersichtlich, dass die Arbeitsagentur eine schnellere - unverzügliche - Vorlage des Formulars gefordert hat. Dass irgendwelche Mängel bei der Ausfüllung vorgelegen haben, die eine Weiterbearbeitung beeinträchtigt haben, ergibt sich aus dem vorgelegten Schriftwechsel ebenfalls nicht. Das bedeutet, dass bei Eingang der schriftlichen Formulareklärung der zuständigen Behörde noch über zwei Wochen der Regelfrist zur Bearbeitung zur Verfügung standen. Allerdings ist bereits auf Seite 1 des Antragsformulars eine Rubrik vorgesehen: „Beim Versorgungsamt habe ich einen Neuantrag gestellt“. Hätte der Kläger mit seinem neuen Antrag beim Versorgungsamt bereits Erfolg derart erzielt, dass ein Grad der Behinderung von 50 festgestellt wurde, wäre der Gleichstellungsantrag gegenstandslos geworden. Die Neubescheidung durch das Versorgungsamt ist aber erst mit Bescheid vom 29.03.2017, also zwei Tage vor Ausspruch der Kündigung erfolgt. Die Bundesagentur für Arbeit hat dann erst am 13. April 2017 entschieden. Bei diesem zeitlichen Verlauf liegt es nahe anzunehmen, dass die Bundesagentur zunächst die Entscheidung des Versorgungsamtes über den Neuantrag abwarten wollte. Dass daneben noch irgendwelche weiteren Rückfragen an den Kläger erforderlich gewesen waren, um eine Sachentscheidung treffen zu können, ergibt sich aus dem Sachvortrag und dem vorgelegten Schriftwechsel nicht. Maßgeblich ist insofern, ob die Agentur für Arbeit wegen unzureichender Mitwirkung des Klägers eine Entscheidung nicht in der Regelfrist hätte treffen können. Wenn die Bundesagentur erst einen vollen Monat nach Vorlage auch des schriftlichen Antragsformulars entschieden hat, ergibt sich daraus, dass dieser Verfahrensverlauf jedenfalls in keiner Weise Folge einer fehlenden Mitwirkungshandlung des Klägers gewesen ist. Denkbar anzuknüpfen bleibe allein an dem Umstand, dass der Kläger die ausgefüllte Formulareklärung erst 6 Tage nach dem telefonischen Antrag vorgelegt hat. Da aber, wie oben erörtert, die Antragsvorschriften selbst gerade keine zwingende Verwendung eines Formulars voraussetzen, ist in dieser Vorgehensweise keine Verletzung von Mitwirkungspflichten zu sehen. Im Übrigen ist auch in keiner Weise ersichtlich, dass die Bundesagentur bei einer früheren Vorlage des schriftlichen Formulars früher eine Sachentscheidung getroffen hätte.

3.

47 Auf sämtliche weiteren vom Kläger in der Berufung geltend gemachten Unwirksamkeitsgründe der Kündigung kommt es somit nicht mehr an.

4.

48 Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

49 Die Revision war zuzulassen gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.

