

# Bundesarbeitsgericht

## Im Namen des Volkes

### Urteil

§ 12 SchwbG vom 29.04.1974, § 134 BGB, § 1 Abs 2 KSchG vom 25.08.1969, § 13 Abs 3 KSchG vom 25.08.1969, § 72 Abs 1 ArbGG vom 02.07.1979, § 72 Abs 2 Nr 2 ArbGG vom 02.07.1979

- 1. Die beschränkte Zulassung der Revision auf bestimmte Rechtsfragen und einzelne Angriffs- oder Verteidigungsmittel ist zulässig, wenn sich die Beschränkung auf einen "tatsächlich und rechtlich selbständigen und abtrennbaren Teil des Gesamtstreitstoffes" bezieht.**
- 2. Bei einem sich aus § 134 BGB i.V. mit § 12 SchwbG ergebenden Unwirksamkeitsgrund handelt es sich um ein eigenständiges Angriffsmittel des Arbeitnehmers.**

BAG, Urteil vom 19.10.1982 Az. : 7 AZR 32/80

#### **Tatbestand:**

1

Der im Jahre 1936 geborene Kläger ist griechischer Staatsangehöriger; er ist verheiratet und hat drei unterhaltsberechtigende Kinder. Der Kläger ist an einem chronischen Bronchial-Asthma erkrankt. Die Beklagte befaßt sich mit der Herstellung von sog. Mofas und motorgetriebenen Gartengeräten.

2

Der Kläger war seit dem 1. April 1968 bis Anfang März 1978 bei der Beklagten in deren Betrieb in S als Dreher beschäftigt. An diesem Arbeitsplatz war der Kläger Öl- und Schmiermitteldämpfen ausgesetzt. Der Kläger blieb in den Jahren 1968 bis 1977 wiederholt aus krankheits- und kurbedingten Gründen der Arbeit fern, und zwar

3

1968 an 31 Arbeitstagen  
1969 an 35 Arbeitstagen  
1970 an 27 Arbeitstagen  
1971 an 46 Arbeitstagen  
1972 an 41 Arbeitstagen  
1973 an 37 Arbeitstagen  
1974 an 70 Arbeitstagen  
1975 an 74 Arbeitstagen  
1976 an 74 Arbeitstagen  
1977 an 75 Arbeitstagen.

4

Im Hinblick auf diese Fehlzeiten sprach die Beklagte mit Schreiben vom 8. März 1978 eine Änderungskündigung aus, wonach der Kläger ab 7. April 1978 einen Arbeitsplatz in der Leichtmetallgußputzerei erhalten sollte. Da der Kläger am 11.

April 1978 erneut arbeitsunfähig erkrankte, wurde ihm ein anderer Arbeitsplatz in der Leichtmetallkontrolle angeboten. Nach einer Tätigkeit von zwei oder drei Tagen lehnte er diese Arbeit ab. Die ihm sodann im Versand sowie in einer Kunststoffhalle angebotenen Aufgabenbereiche lehnte er nach kurzen Versuchen ebenfalls ab. Seit Ende Juli/Anfang August 1978 wurde der Kläger auf einem sog. Frauenarbeitsplatz (Montieren und Verpacken von Düsen und Luftfiltern) eingesetzt. In der Folgezeit fehlte der Kläger bis Ende November 1978 an insgesamt 83 Arbeitstagen aus krankheits- und kurbedingten Gründen.

5

Mit Schreiben vom 28. August 1978 beantragte der Kläger beim Versorgungsamt, ihn als Schwerbehinderten anzuerkennen. Das Versorgungsamt lehnte diesen Antrag mit Bescheid vom 30. Oktober 1978 unter Hinweis auf eine Minderung der Erwerbsfähigkeit von nur 30 % ab.

6

Nach erfolgter Zustimmung des Betriebsrats kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 29. November 1978 das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 31. Januar 1979 aus krankheitsbedingten Gründen.

7

Gegen diese Kündigung hat der Kläger unter Berufung auf den allgemeinen Kündigungsschutz nach § 1 Abs. 2 KSchG Klage erhoben. Im Gütetermin vom 15. Dezember 1978 legte der Kläger den Bescheid des Versorgungsamtes vom 30. Oktober 1978 vor. Bereits zu diesem Zeitpunkt hatte der Kläger mit Schreiben vom 26. November 1978 Widerspruch erhoben und am 5. Dezember 1978 beim Arbeitsamt beantragt, ihn den Schwerbehinderten gleichzustellen. Während der Gleichstellungsantrag vom Arbeitsamt mit Bescheid vom 15. Januar 1979 zurückgewiesen wurde, stellte das Versorgungsamt auf den Widerspruch des Klägers mit Bescheid vom 6. Juni 1979 eine Minderung der Erwerbsfähigkeit von 50 % fest. Hiervon erhielt die Beklagte erstmals Kenntnis durch den am 23. August 1979 ihren Prozeßbevollmächtigten zugestellten Berufungsbegründungsschriftsatz. Am 8. Juni 1979 wurde dem Kläger eine Erwerbsunfähigkeitsrente auf Zeit bewilligt.

8

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Kündigung sei sozialwidrig.

9

Der Kläger hat beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 29. November 1978 zum 31. Januar 1979 nicht aufgelöst worden ist.

10

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, die Kündigung sei aufgrund der krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers sozial gerechtfertigt.

11

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, die Kündigung sei aus krankheitsbedingten Gründen sozial gerechtfertigt.

12

Gegen dieses Urteil hat der Kläger Berufung eingelegt. Er hat die Auffassung vertreten, das Arbeitsgericht habe die Kündigung zu Unrecht für sozial gerechtfertigt gehalten. Außerdem sei die Kündigung mangels Zustimmung der Hauptfürsorgestelle gemäß § 12 SchwbG unwirksam.

13

Die Beklagte hat demgegenüber den Standpunkt vertreten, der Kläger könne sich auf den besonderen Kündigungsschutz der §§ 12 ff. SchwbG nicht berufen, weil er sie durch sein Verhalten im Verfahren vor dem Arbeitsgericht in der Annahme bestärkt habe, sein Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft sei "endgültig" abgelehnt worden.

14

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und die Revision hinsichtlich der Frage zugelassen, ob die streitgegenständliche Kündigung wegen Verstoßes gegen § 12 SchwbG unwirksam ist. Mit der Revision begehrt der Kläger die Feststellung, daß die Kündigung gemäß § 12 SchwbG unwirksam ist, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

### **Entscheidungsgründe:**

15

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, daß die Kündigung der Beklagten vom 29. November 1978 nicht gemäß § 134 BGB i.V. mit § 12 SchwbG unwirksam ist.

16

I. Gegenstand der revisionsgerichtlichen Nachprüfung ist nur noch die Frage, ob die Kündigung der Beklagten wegen fehlender Zustimmung der Hauptfürsorgestelle gemäß § 134 BGB i.V. mit § 12 SchwbG unwirksam ist. Das Landesarbeitsgericht hat die Zulassung der Revision auf diesen Unwirksamkeitsgrund beschränkt; der Kläger stützt die Revision nur noch auf eine angebliche Verletzung der §§ 12 ff. SchwbG.

17

Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Beschränkung der Revision auf den sich aus § 134 BGB in Verbindung mit § 12 SchwbG ergebenden Unwirksamkeitsgrund ist gemäß § 72 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 ArbGG statthaft. Die Zulassung der Revision auf bestimmte Rechtsfragen und einzelne Angriffs- oder Verteidigungsmittel ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 53, 152; BGHZ 76, 397) zulässig, wenn sich die Beschränkung auf einen "tatsächlich und rechtlich selbständigen und abtrennbaren Teil des Gesamtstreitstoffes" bezieht. Irgendwelche Besonderheiten des arbeitsgerichtlichen Verfahrens stehen der Übernahme dieses Standpunktes auf die vorliegende Fallkonstellation nicht entgegen (vgl. Grunsky, ArbGG, 4. Aufl., § 72 Rz 17). Bei dem sich aus § 134 BGB i.V. mit § 12 SchwbG ergebenden Unwirksamkeitsgrund handelt es sich um ein eigenständiges Angriffsmittel des Arbeitnehmers. Dies ergibt sich aus § 13 Abs. 3 KSchG, wonach die Vorschriften des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes keine Anwendung finden auf eine Kündigung, die bereits aus anderen als den in § 1 Abs. 2 und 3 KSchG bezeichneten Gründen rechtsunwirksam ist. Da der besondere Kündigungsschutz der §§ 12 ff. SchwbG an eigenständige tatsächliche und rechtliche Voraussetzungen gebunden ist, handelt es sich hierbei um einen tatsächlich und rechtlich selbständigen und abtrennbaren Teil des Gesamtstreitstoffes eines auf mehrere Unwirksamkeitsgründe gestützten Kündigungsrechtsstreits.

18

II. Das Landesarbeitsgericht hat auch ohne Rechtsfehler angenommen, daß die Kündigung der Beklagten vom 29. November 1978 nicht gemäß § 134 BGB i.V. mit § 12 SchwbG unwirksam ist.

19

1. Zur Begründung seines Standpunktes hat das Landesarbeitsgericht im wesentlichen ausgeführt: Der Kläger sei zum Zeitpunkt der Kündigung Schwerbehinderter i.S. des § 1 SchwbG gewesen. Der Bescheid des Versorgungsamtes vom 6. Juni 1979 wirke auf den Zeitpunkt der Antragstellung (28. August 1978) zurück, da bis zum Erlaß der behördlichen Entscheidung keine zusätzlichen Behinderungen des Klägers aufgetreten seien. Gleichwohl könne sich der Kläger nicht auf den besonderen Kündigungsschutz der §§ 12 ff. SchwbG berufen. Er habe zwar im Gütetermin vom 15. Dezember 1978 und damit innerhalb der vom Bundesarbeitsgericht (BAG 30, 141 = AP Nr. 3 zu § 12 SchwbG) festgesetzten Regelfrist von einem Monat mitgeteilt, daß er etwa drei Monate vor Ausspruch der Kündigung einen Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft beim Versorgungsamt gestellt habe. Die Beklagte habe aber dem ihr zur Einsicht überlassenen Bescheid des Versorgungsamtes vom 30. Oktober 1978 entnehmen können, daß der Antrag des Klägers mit der Begründung abgelehnt worden sei, die Minderung der Erwerbsfähigkeit betrage nur 30 v.H. In einem solchen Fall sei der Arbeitnehmer jedenfalls gehalten, dem Arbeitgeber innerhalb der Regelfrist deutlich zu machen, daß er sich gleichwohl auf den Schwerbehindertenstatus berufe, wenn er - wie hier - bereits Widerspruch eingelegt habe. Eine andere Beurteilung sei auch nicht deswegen gerechtfertigt, weil es sich bei dem Kläger um einen ausländischen Arbeitnehmer handele.

20

2. Diese Würdigung hält einer revisionsgerichtlichen Überprüfung stand.

21

a) Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in dem Urteil vom 23. Februar 1978 - 2 AZR 462/76 - (BAG 30, 141 = AP Nr. 3 zu § 12 SchwbG) grundlegend zu der Frage Stellung genommen, unter welchen Voraussetzungen sich ein Schwerbehinderter trotz Unkenntnis des Arbeitgebers von einer zum Zeitpunkt der Kündigung bestehenden Schwerbehinderteneigenschaft auf den besonderen Kündigungsschutz der §§ 12 ff. SchwbG berufen kann. Danach steht dem Schwerbehinderten der Sonderkündigungsschutz im Grundsatz auch dann zu, wenn der Arbeitgeber von der bereits festgestellten Schwerbehinderteneigenschaft oder einer vor Ausspruch der Kündigung erfolgten Antragstellung beim Versorgungsamt nichts wußte. Der Arbeitnehmer ist allerdings gehalten, nach Zugang der Kündigung innerhalb einer angemessenen Frist, die im Falle der ordentlichen Kündigung regelmäßig mit einem Monat anzunehmen ist, gegenüber dem Arbeitgeber seine bereits festgestellte oder zur Feststellung beantragte Schwerbehinderteneigenschaft geltend zu machen, wenn er sich den Sonderkündigungsschutz erhalten will. Unterläßt er dies, dann ist die Kündigung jedenfalls nicht deshalb unwirksam, weil es an der vorherigen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle fehlt. Die einmonatige Mitteilungsfrist gilt nach der Ansicht des erkennenden Senats (Urt. v. 14. Mai 1982 - 7 AZR 1221/79 - zur Veröffentlichung vorgesehen) auch für eine arbeitgeberseitige außerordentliche Kündigung. Die Frage, ob der Arbeitnehmer zur Wahrung seiner kündigungsschutzrechtlichen Sonderstellung aus §§ 12 ff. SchwbG innerhalb der Regelfrist von einem Monat gehalten ist, dem Arbeitgeber mitzuteilen, daß das Feststellungsverfahren gemäß § 3 SchwbG noch nicht abgeschlossen ist, hat das Bundesarbeitsgericht bislang noch nicht entschieden.

22

Diese Frage ist zumindest in den Fällen der vorliegenden Art zu bejahen, die sich dadurch auszeichnen, daß der Arbeitnehmer nicht mitteilt, gegen einen ablehnenden Bescheid des Versorgungsamtes Widerspruch eingelegt zu haben. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, daß in der Vorlage eines die Schwerbehinderteneigenschaft ablehnenden Bescheides des Versorgungsamtes keine wirksame Geltendmachung des besonderen Kündigungsschutzes nach §§ 12 ff. SchwbG gesehen werden kann. Die mit dem Hinweis auf eine nach § 3 SchwbG

beantragte Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft verbundene kündigungsrechtliche Warnfunktion für den Arbeitgeber entfällt, wenn der Arbeitnehmer innerhalb der Regelfrist von einem Monat darauf hinweist, daß der rechtzeitig gestellte Antrag zwischenzeitlich abgelehnt worden ist. Zur Aufrechterhaltung der kündigungsrechtlichen Warnfunktion hat der Arbeitnehmer den Arbeitgeber auf einen zwischenzeitlich eingelegten Widerspruch hinzuweisen. Erst mit der Kenntniserlangung von der Widerspruchseinlegung weiß der Arbeitgeber, daß das rechtzeitig beantragte Feststellungsverfahren nach § 3 SchwbG noch anhängig ist und er deshalb das Zustimmungsverfahren nach §§ 12 ff. SchwbG einleiten muß.

23

b) Entgegen der Ansicht der Revision ist es nicht Sache des Arbeitgebers, sich durch entsprechende Aufklärung Gewißheit darüber zu verschaffen, ob ein vom Arbeitnehmer vorgelegter ablehnender Bescheid des Versorgungsamtes bestandskräftig geworden ist. Wie der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts bereits in dem Urteil vom 23. Februar 1978 (aaO, zu B III 3 b der Gründe) ausgeführt hat, erfüllt der Schwerbehinderte durch die nach Ausspruch der Kündigung erforderliche rechtzeitige Berufung auf den besonderen Kündigungsschutz keine Rechtspflicht gegenüber dem Arbeitgeber. Es steht dem Arbeitnehmer frei, die Kündigung nur auf ihre sachliche Berechtigung (§ 1 KSchG, § 626 BGB) überprüfen zu lassen. Aus der Vorlage eines die Schwerbehinderteneigenschaft verneinenden Bescheides des Versorgungsamtes können aber weder der Arbeitgeber noch das Arbeitsgericht entnehmen, daß der Arbeitnehmer damit den besonderen Kündigungsschutz der §§ 12 ff. SchwbG geltend machen will. Für den Arbeitgeber besteht daher keine Veranlassung, die Bestandskräftigkeit des ablehnenden Bescheides zu überprüfen.

24

c) Die Revision rügt weiterhin zu Unrecht eine Verletzung des § 139 ZPO.

25

Prozeßrügen müssen nach § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO die Bezeichnung des Mangels enthalten, den die Revision geltend machen will. Dabei sind an den Vortrag des Rechtsmittelklägers strenge Anforderungen zu stellen. Soweit es sich um eine Rüge nach § 139 ZPO handelt, muß im einzelnen angegeben werden, welche Fragen hätten gestellt werden müssen und was die Partei darauf erwidert hätte (BAG 13, 340, 344 = AP Nr. 37 zu § 233 ZPO, Blatt 2; BAG Urteil vom 23. Februar 1962 - 1 AZR 49/61 - AP Nr. 8 zu § 322 ZPO; BAG Urteil vom 14. Februar 1964 - 1 AZR 296/63 - AP Nr. 10 zu § 565 ZPO, zu 1 a der Gründe).

26

Die Revision hat nicht dargetan, welche Antwort der Kläger auf eine entsprechende Frage des Gerichts hinsichtlich der Bestandskräftigkeit des Feststellungsbescheides vom 30. Oktober 1978 gegeben hätte, so daß die auf eine Verletzung des § 139 ZPO gestützte Rüge bereits unzulässig ist.

27

d) Das Landesarbeitsgericht hat auch zu Recht angenommen, daß an den Inhalt der zur Erhaltung des besonderen Kündigungsschutzes nach §§ 12 ff. SchwbG erforderlichen Mitteilung keine geringeren Anforderungen gestellt werden dürfen, weil es sich bei dem Kläger um einen ausländischen Arbeitnehmer handelt. Den (möglicherweise vorhandenen) Sprachschwierigkeiten des Klägers, der sich seit 1968 in der Bundesrepublik Deutschland aufhält, hat das Arbeitsgericht durch die Hinzuziehung eines Dolmetschers Rechnung getragen. Eine unterschiedliche Ausgestaltung der Mitteilung oder gar ein Verzicht auf das Erfordernis der Mitteilung würde auf eine verfassungsrechtlich unzulässige (Art. 3 Abs. 3 GG) Unterscheidung zwischen deutschen und nichtdeutschen Arbeitnehmern hinauslaufen.

28

Die Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.