

BUNDESGERICHTSHOF



2 AZR 118/11

5 Sa 467/09

Thüringer

Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

19. April 2012

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. April 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor sowie die ehrenamtlichen Richter Frey und Dr. Grimberg für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 1. Juli 2010 - 5 Sa 467/09 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung. 1
- Die Beklagte betreibt ein Groß- und Einzelhandelsunternehmen. Der 2
Kläger war bei ihr seit Oktober 1995 als Lagerist in der Niederlassung E beschäftigt. Er ist mit einem Grad von 50 schwerbehindert. Sein Bruttomonatsentgelt betrug zuletzt 1.539,00 Euro.
- Eine im Auftrag der Beklagten tätige Detektei stellte am 6. und 8. Juni 3
2009 fest, dass der Kläger Ware ohne Kauf- und Auslieferungsunterlagen in Fahrzeuge Dritter lud.
- Mit Schreiben vom 8. Juni 2009 beantragte die Beklagte beim zuständi- 4
gen Integrationsamt die Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien. Der Antrag ging am 9. Juni 2009 beim Integrationsamt ein.
- Am 22. oder 23. Juni 2009 fragte die Beklagte beim Integrationsamt 5
telefonisch nach einer Bescheidung des Antrags. Mit Schreiben vom 24. Juni 2009 teilte ihr das Integrationsamt mit, dass es eine Entscheidung innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 91 Abs. 3 SGB IX nicht getroffen habe und deshalb die Zustimmung als erteilt gelte. Das Schreiben wurde ausweislich des Poststempels am 30. Juni 2009 aufgegeben. Die Niederlassungsleiterin der Beklagten nahm es am 1. Juli 2009 zur Kenntnis.

Mit Schreiben vom 2. Juli 2009, welches dem Kläger einen Tag später zuging, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich fristlos, hilfsweise fristgemäß zum nächstmöglichen Termin. 6

Gegen die außerordentliche Kündigung hat der Kläger rechtzeitig Klage erhoben. Er hat außerdem Lohnansprüche für die Zeit von Mai bis einschließlich Juli 2009 geltend gemacht. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung liege nicht vor. Im Übrigen habe die Beklagte die Kündigung nicht unverzüglich iSv. § 91 Abs. 5 SGB IX ausgesprochen. 7

Der Kläger hat zuletzt beantragt 8

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung seitens der Beklagten vom 2. Juli 2009 nicht aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 4.617,00 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz jeweils seit Rechtshängigkeit bestimmter Teilbeträge zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Ansicht vertreten, sie habe die fristlose Kündigung „unverzüglich“ iSd. § 91 Abs. 5 SGB IX ausgesprochen. Die Beklagte hat behauptet, das Integrationsamt habe ihr auf ihre Nachfrage am 22. oder 23. Juni 2009 mitgeteilt, eine Entscheidung befinde sich auf dem Postweg. Sie hat gemeint, die Kündigung sei wegen Diebstahls gerechtfertigt. Zahlungsansprüche bestünden nicht. 9

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten, die diese auf die Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag und ihre Verurteilung zur Zahlung von mehr als 3.648,09 Euro beschränkt hat, zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren weiter, die Klage im noch rechtshängigen Umfang abzuweisen. 10

Entscheidungsgründe

- Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungs- 11
urteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und Zurückverweisung der Sache an das Landes-
arbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Mit der von ihm gegebenen Begrün-
dung durfte das Landesarbeitsgericht nicht annehmen, die außerordentliche
Kündigung vom 2. Juli 2009 sei unwirksam, weil die Beklagte sie nicht unver-
züglich iSv. § 91 Abs. 5 SGB IX erklärt habe. Ob die Kündigung das Arbeitsver-
hältnis der Parteien beendet hat, steht noch nicht fest.
- I. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen hat das Landes- 12
arbeitsgericht rechtsfehlerhaft angenommen, die Beklagte habe die außeror-
dentliche Kündigung vom 2. Juli 2009 nicht unverzüglich iSd. § 91 Abs. 5
SGB IX erklärt.
1. Für den Fall, dass bei fristgerechter Antragstellung die Zwei-Wochen- 13
Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB nach Erteilung der Zustimmung des Integra-
tionsamts bereits abgelaufen ist, verlangt § 91 Abs. 5 SGB IX den unverzügli-
chen Ausspruch der Kündigung (*BAG 1. Februar 2007 - 2 AZR 333/06 - Rn. 31,*
EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 3; 12. Mai 2005 - 2 AZR
159/04 - Rn. 26, AP SGB IX § 91 Nr. 5 = EzA SGB IX § 91 Nr. 2).
- a) Damit ist klargestellt, dass nach erteilter Zustimmung keine neue 14
Ausschlussfrist iSv. § 626 Abs. 2 BGB zu laufen beginnt (*BAG 1. Februar 2007*
- 2 AZR 333/06 - EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 3;
12. Mai 2005 - 2 AZR 159/04 - AP SGB IX § 91 Nr. 5 = EzA SGB IX § 91 Nr. 2).
§ 91 Abs. 5 SGB IX trägt ferner dem Umstand Rechnung, dass es dem Arbeit-
geber regelmäßig nicht möglich ist, bis zum Ablauf dieser Frist die Zustimmung
des Integrationsamts einzuholen (*BAG 1. Februar 2007 - 2 AZR 333/06 - aaO;*
21. April 2005 - 2 AZR 255/04 - zu B I 1 b der Gründe, BAGE 114, 264;
15. November 2001 - 2 AZR 380/00 - zu B II 1 b cc der Gründe, BAGE 99, 358).

- b) Erteilt iSv. § 91 Abs. 5 SGB IX ist die Zustimmung, sobald eine solche Entscheidung innerhalb der Frist des § 91 Abs. 3 Satz 1 SGB IX getroffen und der antragstellende Arbeitgeber hierüber in Kenntnis gesetzt oder wenn eine Entscheidung innerhalb der Frist des § 91 Abs. 3 Satz 1 SGB IX nicht getroffen worden ist; in diesem Fall gilt die Zustimmung mit Ablauf der Frist gem. § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX als erteilt (*vgl. zur Vorgängerregelung des § 18 Abs. 6 SchwbG 1979 BAG 3. April 1986 - 2 AZR 258/85 - zu II 1 der Gründe, AP SchwbG § 18 Nr. 9 = EzA SchwbG § 18 Nr. 7*). 15
- c) Entsprechend der Legaldefinition des § 121 Abs. 1 BGB bedeutet „unverzüglich“ auch im Rahmen von § 91 Abs. 5 SGB IX „ohne schuldhaftes Zögern“ (*BAG 1. Februar 2007 - 2 AZR 333/06 - Rn. 31, EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 3*). Schuldhaft ist ein Zögern dann, wenn das Zuwarten durch die Umstände des Einzelfalls nicht geboten ist (*BAG 1. Februar 2007 - 2 AZR 333/06 - aaO; RG 22. Februar 1929 - II 357/28 - RGZ 124, 115, 118*). Da „unverzüglich“ weder „sofort“ bedeutet noch damit eine starre Zeitvorgabe verbunden ist, kommt es auf eine verständige Abwägung der beiderseitigen Interessen an (*BAG 1. Februar 2007 - 2 AZR 333/06 - aaO; 2. Februar 2006 - 2 AZR 57/05 - zu II 3 b cc (1) der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 204 = EzA BGB 2002 § 626 Ausschlussfrist Nr. 1; BGH 26. Januar 1962 - V ZR 168/60 - WM 1962, 511*). Dabei ist nicht allein die objektive Lage maßgebend. Solange derjenige, dem unverzügliches Handeln abverlangt wird, nicht weiß, dass er die betreffende Rechtshandlung vornehmen muss, oder es mit vertretbaren Gründen annehmen kann, er müsse sie noch nicht vornehmen, liegt kein „schuldhaftes“ Zögern vor (*BAG 2. Februar 2006 - 2 AZR 57/05 - aaO; 21. April 2005 - 2 AZR 255/04 - zu B I 2 e aa der Gründe, BAGE 114, 264; BSG 25. Mai 2005 - B 11a/11 AL 81/04 R - zu 2 der Gründe, BSGE 95, 8*). 16
- d) Die Kündigung ist im Sinne von § 91 Abs. 5 SGB IX „erklärt“, wenn sie dem schwerbehinderten Menschen gemäß § 130 BGB zugegangen ist (*vgl. zur Vorgängerregelung des § 18 Abs. 6 SchwbG BAG 3. Juli 1980 - 2 AZR 340/78 - zu II 3 a der Gründe, BAGE 34, 20*). 17

2. Bei Anwendung dieser Grundsätze steht noch nicht fest, ob die Beklagte die Kündigung vom 2. Juli 2009 unverzüglich iSd. § 91 Abs. 5 SGB IX erklärt hat. 18
- a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, für die Beurteilung der „Unverzüglichkeit“ sei im Streitfall auf den Eintritt der Zustimmungsfiktion gem. § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX am 23. Juni 2009 abzustellen. Das Integrationsamt habe innerhalb von zwei Wochen nach Antragseingang keine Entscheidung getroffen. Die Beklagte habe die Kündigung nicht ohne schuldhaftes Zögern erklärt, weil sie schon in dem von ihr behaupteten Telefongespräch mit dem Integrationsamt am 22. oder 23. Juni 2009 habe nachfragen müssen, welche Entscheidung dort getroffen worden sei. Sie habe zumindest deshalb schuldhaft gezögert, weil sie es trotz der Information seitens des Integrationsamts, eine Entscheidung sei unterwegs, nicht für notwendig erachtet habe, nach Ablauf der normalen Postzeit, also spätestens am 26. Juni 2009, nach dem Verbleib der Entscheidung zu fragen. 19
- b) Dies hält einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Trifft die Behauptung der Beklagten zu, sie habe vom Integrationsamt bei ihrer telefonischen Nachfrage am 22. oder 23. Juni 2009 die Auskunft erhalten, eine Entscheidung sei auf dem Postweg, dann durfte sie den Zugang dieser Entscheidung abwarten, bevor sie die Kündigung erklärte. Dies gilt jedenfalls solange, wie sie keinen Anlass zu Zweifeln an der Richtigkeit der erteilten Auskunft haben musste. Das Ausbleiben der angekündigten Postsendung musste die Beklagte nicht schon vor deren tatsächlichem Zugang am 1. Juli 2009 zu weiteren Nachfragen anhalten. 20
- aa) Hat die Beklagte am 22. oder 23. Juni 2009 die von ihr behauptete Auskunft vom Integrationsamt erhalten, durfte sie darauf vertrauen, dass keine Zustimmung fingiert würde und sie die Kündigung daher nicht unverzüglich nach Ablauf der Frist des § 91 Abs. 3 Satz 1 SGB IX würde aussprechen müssen. Hat nämlich das Integrationsamt innerhalb der zwei Wochen gem. § 91 Abs. 3 Satz 1 SGB IX entschieden und die Entscheidung noch vor Ablauf der Frist zur Post gegeben, tritt eine Zustimmungsfiktion nicht ein (vgl. zu § 21 21

Schwbg 1986 für den Fall einer ablehnenden Entscheidung BAG 9. Februar 1994 - 2 AZR 720/93 - zu II 3 der Gründe, BAGE 75, 358; zu § 18 Schwbg 1979 vgl. BAG 16. März 1983 - 7 AZR 96/81 - zu II 3 der Gründe, BAGE 44, 22).

bb) Nach dem von der Beklagten behaupteten Inhalt der Mitteilung des Integrationsamts blieb offen, ob eine zustimmende oder eine ablehnende Entscheidung getroffen worden war. Unter diesen Umständen hat die Beklagte nicht deshalb vorwerfbar gezögert, weil sie den Zugang des angekündigten Bescheids abgewartet hat, bevor sie die Kündigung erklärte. Der Arbeitgeber muss nicht riskieren, eine Kündigung ohne die erforderliche Zustimmung des Integrationsamts auszusprechen, wenn er zwar weiß oder annehmen darf, dass das Integrationsamt vor Ablauf der Zwei-Wochen-Frist des § 91 Abs. 3 Satz 1 SGB IX eine Entscheidung getroffen hat, aber nicht weiß, wie die Entscheidung ausgefallen ist. 22

cc) Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen durfte sich die Beklagte mit dem Hinweis, eine Entscheidung sei auf dem Postweg, zunächst zufrieden geben. Zwar besteht eine Obliegenheit des Arbeitgebers, sich beim Integrationsamt zu erkundigen, ob es innerhalb der Frist des § 91 Abs. 3 Satz 1 SGB IX eine Entscheidung getroffen hat, weil anderenfalls die Zustimmung fingiert wird (*vgl. BAG 2. Februar 2006 - 2 AZR 57/05 - zu II 3 b aa der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 204 = EzA BGB 2002 § 626 Ausschlussfrist Nr. 1; 3. Juli 1980 - 2 AZR 340/78 - zu II 3 a der Gründe, BAGE 34, 20; HK-SGB IX/Trenk-Hinterberger 3. Aufl. § 91 Rn. 40*). Dem Arbeitgeber ist es aber nicht zuzumuten, darauf zu dringen, ggf. auch über den Inhalt der getroffenen Entscheidung schon vorab in Kenntnis gesetzt zu werden. Zu einer solchen Auskunft ist das Integrationsamt nicht verpflichtet. Die Bekanntgabe der Entscheidung hat vielmehr durch Zustellung zu erfolgen (§ 88 Abs. 2, § 91 Abs. 1 SGB IX). Teilt das Integrationsamt lediglich mit, dass es innerhalb der Frist eine Entscheidung getroffen habe, darf der Arbeitgeber die Zustellung des entsprechenden Bescheids eine - nicht gänzlich ungewöhnliche - Zeit lang abwarten. 23

- dd) Ihr Vorbringen über die ihr erteilte Auskunft als wahr unterstellt, musste die Beklagte nicht unmittelbar nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist des § 91 Abs. 3 Satz 1 SGB IX noch einmal beim Integrationsamt nachfragen, ob tatsächlich keine Zustimmungsfiktion eingetreten sei. Dies wäre allenfalls dann anders zu beurteilen, wenn sie an der Richtigkeit der Auskunft Zweifel hätte haben müssen. Dafür ist nach den bisherigen Feststellungen nichts ersichtlich. 24
- ee) Auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen musste sich die Beklagte auch nicht spätestens am 26. Juni 2009 nach dem Verbleib des angekündigten Bescheids erkundigen. Es sind keine Umstände festgestellt, aufgrund derer ihr Zuwarten über eine „normale“ Postlaufzeit hinaus als schuldhaftes Zögern anzusehen wäre. Gem. § 88 Abs. 2, § 91 Abs. 1 SGB IX ist die Entscheidung des Integrationsamts förmlich zuzustellen. Das kann zusätzliche Zeit in Anspruch nehmen. 25
- ff) Aus den einschlägigen Bestimmungen über die Bekanntgabe/Zustellung des Bescheids ergeben sich keine weitergehenden Sorgfaltsanforderungen. Zwar gilt gem. § 37 Abs. 2 Satz 1 SGB X ein schriftlicher Verwaltungsakt, der im Inland durch die Post übermittelt wird, am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben. Zum einen gilt dies aber gem. § 37 Abs. 2 Satz 3 SGB X dann nicht, wenn der Verwaltungsakt tatsächlich nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist. Zum anderen bleiben die Vorschriften über eine Bekanntgabe des Verwaltungsakts mittels Zustellung nach § 37 Abs. 5 SGB X von den Regelungen des § 37 Abs. 1 bis Abs. 4 SGB X unberührt. Nach § 88 Abs. 2, § 91 Abs. 1 SGB IX hat das Integrationsamt seine Entscheidung dem Arbeitgeber und dem schwerbehinderten Menschen zuzustellen. Für die Zustellung gelten gem. § 65 Abs. 2 SGB X die jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften über das Zustellungsverfahren. Diese sehen zwar für die Zustellung durch die Post mittels Einschreiben eine Zustellungsfiktion am dritten Tag nach Aufgabe zur Post vor (§ 4 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 ThüVwZG). Die Fiktion tritt aber dann nicht ein, wenn das Schriftstück nicht oder erst zu einem späteren Zeitpunkt zugeht (§ 4 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 26

ThüVwZG). Für die Zustellung durch die Post mittels Zustellungsurkunde gilt gar keine Fiktionsregelung (§ 3 *ThüVwZG*).

- II. Das Landesarbeitsgericht wird demnach bei der neuen Verhandlung und Entscheidung Feststellungen über den Inhalt der der Beklagten vom Integrationsamt am 22. oder 23. Juni 2009 erteilten Auskunft zu treffen und - sollte dieser dem Vortrag der Beklagten entsprechen - weiter zu prüfen haben, ob für die außerordentliche Kündigung ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB bestand. Sollte sich die Richtigkeit des Vorbringens der Beklagten nicht erweisen, wird das Landesarbeitsgericht im Licht der festgestellten Tatsachen erneut zu beurteilen haben, ob die Beklagte die außerordentliche Kündigung „unverzüglich“ erklärt hat. 27
- III. Von der Aufhebung und Zurückverweisung ist auch die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung umfasst, soweit sie von ihr mit der Berufung angegriffen worden ist. Insoweit hängt der Anspruch des Klägers von der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung vom 2. Juli 2009 ab. 28

Kreft

Eylert

Rachor

Frey

Grimberg