



Landesarbeitsgericht Nürnberg

Im Namen des Volkes

U r t e i l

in dem Rechtsstreit

A... - Kläger und Berufungsbeklagter -

g e g e n

Stadt B... - Beklagte und Berufungsklägerin -

wegen: **Kündigung**

Die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg hat durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Nürnberg **V e t t e r** als Vorsitzenden sowie die ehrenamtlichen Richter Meyer L. und Fieger aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30.08.2005

für Recht erkannt:

- I. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 09.02.2005, Az. 17 Ca 8442/04, wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.
- II. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit zweier betriebsbedingter Arbeitgeberkündigungen.

Der am 16.02.1957 geborene Kläger ist seit 15.02.1997 bei der Beklagten beschäftigt, und zwar zunächst im Rahmen einer Eingliederungsmaßnahme nach Arbeitsförderungsgesetz vom 15.02.1997 bis 30.09.1997 (Anlage zum Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 21.12.2004, Bl. 37 f. d.A.), dann ebenfalls als Förderungsmaßnahme verlängert bis 31.03.1999 (ebenda, Bl. 39 f. d.A.), dann als Zeitangestellter im Rahmen einer Strukturanpassungsmaßnahme bis 31.12.2001 (ebenda, Bl. 41 f.), schließlich mit Anstellungsvertrag vom 18.12.2001 auf unbestimmte Zeit (ebenda, Bl. 65 d.A.). In den Zuschussbescheiden des Arbeitsamtes C... für die geförderten Maßnahmen ist als Bezeichnung der Maßnahme jeweils angeführt: „Zusätzliche Öffentlichkeitsarbeit und Besucherbetreuung im Zusammenhang mit den D...-Festspielen 1997“ bzw. „Neuordnung und EDV-Erfassung des Kostümfundus für die D...festspiele“ bzw. „EDV-gestützte Neuordnung des Ausstattung- und Kostümfundus für die D...festspiele“ (ebenda, Bl. 50 ff. d.A.). In den befristeten Verträgen ist als Arbeitsaufgabe „Angestellter für Arbeiten nach §§ 91 bis 96 bzw. §§ 97 bis 99 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG)“ bzw. im Jahr 1999 „Zeitangestellter im Rahmen einer Strukturanpassungsmaßnahme“ aufgeführt. Im Anstellungsvertrag vom 18.12.2001 (a.a.O., Bl. 65 d.A.) heißt es:

„§ 1 Herr A... wird ab 01. Januar 2002 als vollbeschäftigter Angestellter auf unbestimmte Zeit eingestellt.“

§ 2 Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) und den durch diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) jeweils geltenden Fassung. Außerdem finden die für den Arbeitgeber jeweils geltenden sonstigen einschlägigen Tarifverträge Anwendung.

§ 3 Eine Probezeit wird nicht vereinbart.

§ 4 Die Angestellte ist in der Vergütungsgruppe VII der Anlage 1 a zum BAT eingruppiert (§ 22 Abs. 3 BAT).

§ 5 Änderungen und Ergänzungen des Arbeitsvertrages einschließlich von Nebenabreden sind nur wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart werden.“

Die Beklagte hörte den bei ihr bestehenden Personalrat mit Schreiben vom **13.05.2004** zur Absicht an, das Arbeitsverhältnis zum Kläger zu beenden. Dieses Schreiben (ebenda, Bl. 68 f. d.A.), dessen Eingang am selben Tag von der Personalratsvorsitzenden schriftlich bestätigt wurde, hat folgenden Wortlaut:

„auf Grund der drastischen und unvermeidbaren Sparmaßnahmen bei der Stadt B... zur Konsolidierung des Haushalts 2004, hat der Stadtrat in seiner Sitzung vom 11.05.2004 beschlossen, die Ausgaben im Bereich des

städtischen Archivs und des Museums zu reduzieren. In diesem Bereich ist derzeit Herr A... beschäftigt, sein Aufgabengebiet umfasst die Unterstützung des ehrenamtlichen Stadtarchivars E... bei der Aufarbeitung des Archivbestands, das Anlegen von Bestandsverzeichnissen und entsprechende Archivdaten auf CD-Rom zu erfassen. Gleichzeitig ist er für Museumsbetreuung zuständig und für die Beaufsichtigung der Gebäude der F...gasse Hs.Nr. ..., ... und Bei seinen Tätigkeiten arbeitet Herr A... nach den fachlichen Vorgaben, Anweisungen und Anleitungen von Frau G.... bzw. des Stadtarchivars. Diese erteilen auch ausschließlich Auskünfte aus dem Archiv. Herr A... ist der einzige Mitarbeiter in diesem Bereich.

Durch künftige organisatorische Veränderungen soll das Stadtarchiv nur noch durch den ehrenamtlichen Stadtarchivar, Herrn E..., geführt werden und die Museumsbetreuung und -beaufsichtigung ausschließlich durch ehrenamtliche Kräfte fortgeführt werden. Die Stelle des Herrn A... in diesen Bereichen entfällt somit betriebsbedingt ersatzlos.

Eine andere freie Stelle für eine Umsetzung des Herrn A... innerhalb der Stadtverwaltung ist nicht vorhanden. Zusätzliche Stellen sind im Stellenplan nicht ausgewiesen. Fluktuationsbedingt sind auch in absehbarer Zeit keine Personalveränderungen zu erwarten, welche eine Umsetzung des Herrn A... ermöglichen würden. Gleiches gilt für Teilzeitarbeitsplätze innerhalb der Stadtverwaltung.

Herr A..., geb. am 16.02.1957 in C..., wohnhaft in ... ist seit dem 15.02.1997 bis jetzt als vollbeschäftigter Angestellter bei der Stadt B... beschäftigt. ...

Herr A... ist der einzige Mitarbeiter im Archiv- und Museumsbereich. Weitere Vollzeit- oder Teilzeitkräfte sind hier nicht eingesetzt.

Die Eingruppierung erfolgte ...

Herr A... ist ledig, gesetzliche Unterhaltspflichten gegenüber anderen Personen sind dem Personalamt nicht bekannt und auch nicht angezeigt. Eine Schwerbehinderung des Herrn A... liegt nicht vor. Weitere anwendbare Kündigungsschutzvorschriften sind hier nicht ersichtlich.

Herr A... ist somit sieben Jahre bei der Stadt B... beschäftigt. Im Rahmen der ordentlichen Kündigung beträgt die Kündigungsfrist bei einer Beschäftigungszeit von mindestens fünf Jahren, drei Monate zum Schluss eines Kalendervierteljahres (§ 53 Abs. 2 BAT).

Entsprechend dem Stadtratsbeschluss, vom 11.05.2004, ist Herr A... bis spätestens 30. Juni 2004 mit Wirkung zum 30. September 2004 betriebsbedingt schriftlich zu kündigen.

...“

Der Personalrat widersprach mit Schreiben vom **14.05.2004** (ebenda, Bl. 70 f. d.A.) mit folgender Begründung:

„...“

Da nun eine derartig drastische Maßnahme zur Haushaltskonsolidierung ergriffen wurde, wird seitens des Personalrats nach eingehender Beratung (PR-Sitzung vom 14.05.2004) mitgeteilt, dass wir die betriebsbedingte Kündigung des Herrn A... ablehnen, weil die Kündigung nicht sozialverträglich ist.

Insbesondere wurde nach Art. 77 Abs. 1 Nr. 1 BayPVG keine Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten vorgenommen.

Außerdem vertritt der Personalrat die Meinung, dass die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung nicht ausreichend untersucht wurde, da nach unserem Kenntnisstand in verschiedenen Abteilungen regelmäßig Überstunden geleistet werden und zusätzlicher Personalbedarf angemeldet worden ist (Art. 77 Abs. 1 Nr. 3 BayPVG).

Aufgrund der vorgenannten Einwendungen sprechen wir uns gegen die betriebsbedingte Kündigung des Herrn A... aus.

Wir hoffen, dass die v.g. Gründe dazu führen, dass die Kündigung nicht ausgesprochen wird.

Für eine Besprechung der Angelegenheit stehen wir selbstverständlich zur Verfügung.“

Der Kläger stellte am **18.05.2004** beim Amt für Versorgung und Familienförderung Nürnberg Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft und teilte dies der Beklagten mit Schreiben vom 18.05., bei der Beklagten eingegangen am 19.05.2004, mit. Mit Schreiben vom **03.06.2004** beantragte die Beklagte beim Integrationsamt der Regierung von Mittelfranken vorsorglich die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung des Klägers. Hiervon unterrichtete die Beklagte den Personalrat und den Schwerbehindertenvertreter jeweils mit Schreiben vom 03.06.2004 (Anlagen zur Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 02.02.2005, Bl. 137 f. und Bl. 139 d.A.).

Mit Bescheid vom **13.09.2004** stellte das Versorgungsamt beim Kläger einen Grad der Behinderung von 30 fest. Dem Kläger ging dieser Bescheid am 15.09.2004 zu. Mit Schreiben vom 16.09.2004 beantragte der Kläger bei der Agentur für Arbeit die Gleichstellung mit einem Schwerbehinderten. Beides teilte er der Beklagten am 17.09.2004 mit.

Mit Bescheid vom **23.09.2004**, der Beklagten zugegangen am 24.09.2004, erteilte das Integrationsamt die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung des Klägers (Anlage zum Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 21.12.2004, Bl. 72 ff. d.A.). Die Beklagte sprach dem Kläger daraufhin mit Schreiben vom **27.09.2004** die ordentliche Kündigung mit Wirkung zum 31.12.2004 aus (Anlage zur Klageschrift, Bl. 2 d.A.).

Die Beklagte hörte den Personalrat mit Schreiben vom **08.10.2004** zur geplanten ordentlichen Kündigung des Klägers zum 31.03.2005 an (Anlage zum Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 24.01.2005, Bl. 125 f. d.A.). Hierbei wurde unter Nennung

vergleichbarer Mitarbeiter und ihrer Sozialdaten mitgeteilt, dass der Kläger im Vergleich von Lebensalter, Beschäftigungszeit und Unterhaltspflicht der am wenigsten schutzwürdige Mitarbeiter sei. Hierbei seien das Lebensalter mit dem Teiler 10, die Beschäftigungszeit mit dem Multiplikator 3 und die Unterhaltsverpflichtungen mit dem Multiplikator 6 berücksichtigt worden. Mit Schreiben vom 12.10.2004 widersprach der Personalrat der geplanten Kündigung unter anderem mit der Begründung, die sozialen Gesichtspunkte seien nicht ausreichend berücksichtigt worden und die angewandten Auswahlrichtlinien (Punktesysteme) könnten nicht nachvollzogen werden (Anlage zum Schriftsatz der Klägervorteiler vom 30.12.2004, Bl. 106 f. d.A.). Dieses Schreiben trägt den Eingangsstempel der Beklagten vom 14.10.2004.

Der Kläger legte gegen Feststellungsbescheid des Versorgungsamts Nürnberg mit Schreiben vom **14.10.2004**, beim Versorgungsamt zugegangen am selben Tag, Widerspruch mit dem Ziel ein, eine 30 Grad übersteigende Behinderung festgestellt zu erhalten. Mit Schreiben vom 22.10.2004 legte er Widerspruch gegen den Zustimmungsbescheid des Integrationsamtes vom 23.09.2004 ein. Der Antrag auf Gleichstellung wurde in der Folgezeit abschlägig verbeschieden.

Mit Bescheid vom **08.12.2004** teilte das Integrationsamt der Beklagten mit, dass der Kläger nicht zum nach § 2 Abs. 2, 3 SGB IX geschützten Personenkreis zähle, so dass eine Zustimmung nicht erforderlich sei (Anlage zum Schriftsatz der Klägervorteiler vom 31.12.2004, Bl. 104 f. d.A.).

Mit Bescheid vom **13.12.2004** half das Amt für Versorgung und Familienförderung Nürnberg dem Widerspruch des Klägers ab und setzte die Behinderung für die Zeit ab 18.05.2004 auf einen Grad von 50 fest (Anlage zum Schriftsatz der Klägervorteiler vom 23.12.2004, Bl. 82 d.A.).

Mit Schreiben vom **15.12.2004** kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis erneut, und zwar vorsorglich zum 31.03.2005 (ebenda, Bl. 103 d.A.).

Mit seiner am 30.09.2004 vor der Rechtsantragstelle des Arbeitsgerichts erhobenen Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung vom 27.09. geltend gemacht. Er hat vorgetragen, die Beklagte habe versäumt, den Personalrat vor Ausspruch der erst im September erfolgten Kündigung nochmals anzuhören. Zudem sei sein Antrag auf Gleichstellung noch nicht verbeschieden. Aus diesem Grund habe auch der Personalrat mit Schreiben vom 01.10.2004 der Kündigung widersprochen. Außerdem habe eine Sozialauswahl überhaupt nicht stattgefunden. Er sei jederzeit anderweitig in der Verwaltung einsetzbar. Das Vorliegen eines betriebsbedingten Kündigungsgrundes werde bestritten.

Mit Klageerweiterung vom 31.12.2004, beim Arbeitsgericht ausweislich des Eingangsstempels eingegangen am 03.01.2005, hat sich der Kläger auch gegen die Kündigung vom 15.12.2004 gewandt. Er hat hierin geltend gemacht, der Bescheid vom 08.12.2004 sei rechtswidrig, da das Versorgungsamt am 13.12.2004 einen Grad der Behinderung von 50 festgestellt habe. Aus diesem Grund habe er den Bescheid auch mit dem Rechtsmittel des Widerspruches angefochten. Er mache sich die Stellungnahme des Personalrats zu eigen, der der auch dieser Kündigung widersprochen habe. Die Kündigung sei schon deswegen rechtswidrig, weil die Beklagte eine Sozialauswahl nicht vorgenommen habe. Auch seien alternative Möglichkeiten, wie Umbesetzung oder Verminderung der täglichen Arbeitszeit, nicht angedacht worden.

Der Kläger hat im Verfahren vor dem Arbeitsgericht daher zuletzt folgende Anträge gestellt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 27.09.2004 nicht aufgelöst worden ist.
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die weitere schriftliche Kündigung vom 15.12.2004 zum 31.03.2005 aufgelöst ist.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat eingewandt, die Klage sei unbegründet. Die Kündigung sei aus dringenden betrieblichen Gründen sozial gerechtfertigt. Der Arbeitsplatz des Klägers sei weggefallen. Aufgabe des Klägers sei die EDV-mäßige Erfassung des Fundus der D...festspiele im Stadtarchiv sowie die Besucherbetreuung und Öffentlichkeitsarbeit gewesen. Es sei falsch, dass der Kläger als Verwaltungsangestellter tätig gewesen sei. Die Einstellung sei im Rahmen mehrerer Förderungsmaßnahmen zweckgebunden für die oben genannte Aufgabe erfolgt. Diese Tätigkeit habe sich durch die endgültige Übernahme in das unbefristete Arbeitsverhältnis weder vertraglich noch tatsächlich geändert. Sie, die Beklagte, habe sich aufgrund der schlechten Haushaltslage gezwungen gesehen, die Stelle des Klägers komplett einzusparen. Die Aufgabe falle weg, werde nur noch durch ehrenamtliche Helfer bedient, nicht mehr mit Arbeitnehmern. Eine soziale Auswahl sei nicht erforderlich gewesen, weil der Kläger der einzige Arbeitnehmer auf seinem Arbeitsplatz gewesen sei. Andere freie Arbeitsplätze beständen nicht. Die Anhörung des Personalrats sei mit Schreiben vom 13.05.2004 ordnungsgemäß erfolgt. Sie habe unverzüglich nach Erhalt des Bescheides des Integrationsamtes vom 08.12.2004 gekündigt.

Der Kläger hat eingewandt, bei der Sozialauswahl sei nicht berücksichtigt worden, dass er schwer behindert sei. Die Beklagte behaupte rechtswidrig, dass eine Sozialauswahl nicht erforderlich sei. Die Finanzierung des Arbeitsplatzes mit Förderungs Mitteln nehme nicht die Vergleichbarkeit mit anderen Arbeitnehmern. Er sei mindestens vergleichbar mit den Arbeitnehmerinnen H... und I... und dem Arbeitnehmer I..., die sämtlich sozial weniger schutzwürdig seien. Er bestreite, dass er nichts anderes getan habe als Öffentlichkeitsarbeit und Besucherbetreuung für die D...festspiele. Er sei vielmehr maßgeblich für das Stadtmuseum und die Betreuung des Stadtarchivs tätig gewesen. Dieser Aufgabenbereich entfalle nicht vollständig, weil das Museum weiterhin am Wochenende geöffnet bleibe.

Die Beklagte hat nach wie vor die Auffassung vertreten, dass eine Sozialauswahl nicht zu treffen gewesen sei. Sie hat die Meinung vertreten, im Hinblick auf den Schwerbehindertenschutz des Klägers alles Erforderliche getan zu haben. Sie habe sich auf den Bescheid des Integrationsamtes vom 08.12.2004 mit dem Inhalt, dass eine Zustimmung nicht erforderlich sei, verlassen dürfen. Mit der Personalratsanhörung vom 08.10.2004 habe sie eine umfassende Sozialauswahl getroffen und den Kläger mit allen erdenklichen Kolleginnen und Kollegen verglichen. Sie halte den Kläger für am wenigsten schutzbedürftig, weil die Arbeitnehmerinnen K... und L...

älter seien als der Kläger, die Arbeitnehmerin M... ein Kind habe, die Kollegin N... älter und länger beschäftigt sei als der Kläger, der Kollege O... zwei Kinder habe, der Kollege R... länger beschäftigt sei und ein Kind habe und der Kollege Q... länger beschäftigt sei als der Kläger. Die vom Kläger benannte Kollegin H... sei nicht vergleichbar, weil sie in Vergütungsgruppe VII b BAT eingruppiert sei und die erforderliche Fachprüfung für Verwaltungsangestellte absolviert habe. Die Kollegin I... habe ein befristetes, nicht kündbares Arbeitsverhältnis als Schwangerschaftsvertretung, sei niedriger eingestuft als der Kläger. Auch der Angestellte J... habe die erforderliche Fachprüfung für Verwaltungsangestellte absolviert.

Der Kläger bleibt dabei, dass er insbesondere im Vergleich zum Arbeitnehmer O..., aber auch zur Kollegin M... als sozial schutzwürdiger anzusehen sei.

Das Arbeitsgericht Nürnberg hat der Klage mit Endurteil vom 09.02.2005 stattgegeben und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis weder durch die Kündigung vom 27.09.2004 noch durch diejenige vom 15.12.2004 aufgelöst worden ist.

Das Arbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, die Kündigung vom 27.09.2004 scheitere schon an der nicht ordnungsgemäßen Anhörung des Personalrats. Die Beklagte habe in der Anhörung vom 13.05.2004 ausdrücklich darauf verwiesen, sie wolle das Arbeitsverhältnis durch eine spätestens am 30.06.2004 auszusprechende Kündigung mit Wirkung zum 30.09.2004 beenden. Hiervon habe sie wegen des klägerischen Antrags auf Zuerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft Abstand genommen. In diesen Fällen sei der Arbeitgeber zwar berechtigt, die Anhörung vor Beendigung des Zustimmungsverfahrens durchzuführen. Es sei jedoch notwendig, dass er den Personalrat auf dieses noch einzuholende Zustimmungsverfahren hinweise. Hieran fehle es. Auch im Hinweis vom 03.06.2004 an den Personalrat sei eine Klarstellung nicht erfolgt. Aus diesem Grund stehe die Kündigung vom 27.09.2004 nicht mehr im Zusammenhang mit der Anhörung vom 13.05.2004; der Personalrat habe nach Ablauf von mehr als zwei Monaten davon ausgehen können, dass die in der Anhörung bezeichnete beabsichtigte Kündigung nicht mehr ausgesprochen werde. Zudem fehlten in der Anhörung jegliche Angaben zur Sozialauswahl. Diese seien gerade im öffentlichen Dienst erforderlich, da sich das Direktionsrecht des Arbeitgebers regelmäßig auf alle Tätigkeiten erstrecke, die den Merkmalen der Vergütungsgruppe des zur Kündigung vorgesehenen Arbeitnehmers entsprächen. Schließlich seien die dringenden betrieblichen Erfordernisse nicht ausreichend vorgetragen. Insbesondere habe die Beklagte nicht dargelegt, wie die Aufgaben im Stadtarchiv, welche der Kläger als Teil seiner Tätigkeit bezeichnet habe, künftig bewältigt werden sollten. Auch die Kündigung vom 15.12.2004 sei wegen fehlerhafter Anhörung des Personalrats unwirksam. Zwar habe die Beklagte dem Personalrat mit Schreiben vom 08.10.2004 mitgeteilt, dass das Integrationsamt mit Bescheid vom 23.09.2004 die Zustimmung zur Kündigung erteilt habe. Sie habe aber verschwiegen, dass aufgrund dieses Bescheids bereits die Kündigung vom 27.09.2004 ausgesprochen worden sei. Ein Hinweis auf das neuerliche Zustimmungsverfahren, welches nach der Anhörung vom 08.10.2004 noch eingeleitet worden sei, fehle. Demgegenüber scheitere die Kündigung nicht daran, dass gegen die Entscheidung des Versorgungsamtes Widerspruch eingelegt worden sei; insoweit könne sich der Arbeitgeber auf das Vorliegen des Negativattestes des Integrationsamtes verlassen.

Das Endurteil des Arbeitsgerichts ist den Beklagtenvertretern ausweislich ihres Empfangsbekennnisses am 28.02.2005 zugestellt worden (Bl. 167 d.A.). Die Beklagte

hat mit Schriftsatz ihrer Vertreter vom 29.03.2005, beim Landesarbeitsgericht eingegangen am selben Tag, Berufung eingelegt. Sie hat diese Berufung - die Begründungsfrist ist auf Antrag vom 25.04.2005, eingegangen am 26.04.2005, bis 20.05.2005 verlängert worden - mit am 17.05.2005 beim Landesarbeitsgericht eingegangenem Schriftsatz vom 13.05.2005 begründet.

Die Beklagte hat sich in der Berufung darauf gestützt, das Arbeitsgericht sei fälschlicherweise davon ausgegangen, allein der fehlende Beendigungszeitpunkt in der Personalratsanhörung mache diese unwirksam. Dies widerspreche der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 29.01.1986. Es habe ihr freigestanden, die Anhörung des Personalrats vor Antragstellung beim Integrationsamt durchzuführen. In diesem Fall sei eine erneute Anhörung nur dann erforderlich, wenn sich der Sachverhalt, was hier nicht der Fall sei, in der Zwischenzeit wesentlich geändert habe. Sie habe spätestens mit der Mitteilung vom 03.06.2004 gegenüber dem Personalrat deutlich gemacht, dass sie zum nächstmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss des Verfahrens vor dem Integrationsamt kündigen wolle. Zwar sei der Kläger teilweise auch im Stadtarchiv und im Museum tätig gewesen. Das Direktionsrechts beschränke sich gerade wegen der ursprünglichen Bezuschussung auf den vom Kläger innegehabten Arbeitsplatz. Dieses Direktionsrecht sei mit dem Arbeitsvertrag vom 18.12.2001 nicht erweitert worden. Es handele sich um eine gesonderte vertragliche Vereinbarung, die der Ausübung des Direktionsrechts entgegenstehe. Fehlerhaft sei auch, dass die Kündigung vom 15.12.2004 an der Personalratsanhörung gescheitert sei. Der Personalrat habe ausweislich seines Schreibens vom 01.10.2004 gewusst, dass am 27.09.2004 eine Kündigung ausgesprochen worden sei. Zudem sei im Anhörungsschreiben vom 08.10.2004 ausdrücklich erklärt worden, dass aufgrund der Feststellung der Behinderteneigenschaft mit 30 Grad von einem neuen Sachverhalt auszugehen sei. Eines Hinweises auf ein neues Verfahren vor dem Integrationsamt habe es im Hinblick auf den neu eingeführten § 90 Abs. 2a SGB IX nicht bedurft. Im Zeitpunkt der Kündigung habe die Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft noch nicht vorgelegen. Sie, die Beklagte, sei erst mit Schreiben der Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 23.12.2004 über den Schwerbehindertenschutz des Klägers in Kenntnis gesetzt worden. Im Übrigen habe sie bezüglich der Kündigung vom 15.12.2004 eine ordnungsgemäße Sozialauswahl durchgeführt. Die betrieblichen Gründe seien ausreichend dargelegt, weil auch die vom Kläger im Archiv verrichteten Tätigkeiten ersatzlos weggefallen seien. Soweit einzelne Archivarbeiten ausgeführt werden müssten, geschehe dies durch die Leiterin des Kultur- und Sportamtes und einen Praktikanten. Die Museumsbetreuung werde ausschließlich über ehrenamtliche Helfer organisiert.

Die Beklagte stellt als Berufungsklägerin daher in der Berufungsinstanz folgende Anträge:

- I. Das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 09.02.2005, Az. 17 Ca 8442/04, wird aufgehoben.
- II. Die Klage wird abgewiesen.
- III. Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Kläger beantragt als Berufungsbeklagter,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Er hält die Entscheidung des Arbeitsgerichts für zutreffend. Er führt aus, da in der Personalratsanhörung ausdrücklich auf eine spätestens zum 30.06.2004 auszusprechende Kündigung verwiesen worden sei, habe der Personalrat davon ausgehen können, dass die Angelegenheit erledigt sei. Es hätte einer erneuten Anhörung bedurft. Es sei falsch, dass seine Arbeiten im Zeitungsarchiv nicht mehr benötigt würden; allein die Archivierung nehme noch zehn bis zwanzig Jahre in Anspruch. Es sei falsch, dass das Museum unter der Woche nicht mehr geöffnet sei, nur regelmäßige Öffnungszeiten seien abgeschafft worden. Die Betreuung durch ehrenamtliche Helfer funktioniere nicht. Auch die Aufgaben in Zusammenhang mit den Festspielen beständen weiter. Schließlich sei hinsichtlich der Kündigung vom 27.09.2004 keine Sozialauswahl vorgenommen worden. Auch die Kündigung vom 15.12.2004 scheitere an der fehlerhaften Anhörung des Personalrats, da versäumt worden sei, diesem mitzuteilen, dass der Kläger bereits eine Kündigung erhalten habe. Schließlich komme ihm spätestens bei der Kündigung vom 15.12.2004 der mit Bescheid vom 13.12.2004 festgestellte Sonderkündigungsschutz zugute.

In der mündlichen Verhandlung vom 30.08.2005 hat die Beklagte darauf hingewiesen, dass die Frage des Zeitpunktes, ab dem nach § 90 Abs. 2a SGB IX der Schutz des Arbeitnehmers eintrete, umstritten sei. Sie hat aus diesem Grund Zulassung der Revision beantragt. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Tatbestand des Ersturteils vom 09.02.2005 (Bl. 150 ff. d.A.), die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vom 30.08.2005 (Bl. 239 ff. d.A.) und die zwischen den Parteien in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft, weil sie sich gegen ein arbeitsgerichtliches Urteil richtet (§ 64 Abs. 1 ArbGG). Angesichts dessen, dass allein Feststellungsanträge über die Wirksamkeit von Kündigungen streitgegenständlich sind, ist ein Beschwerdewert nicht erforderlich (§ 64 Abs. 2 c) ArbGG). Die Berufung ist auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden (§§ 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO, 66 Abs. 1 S. 1 und 2 sowie S. 5 ArbGG).

II.

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Das Urteil des Arbeitsgerichts erweist sich als richtig. Das Arbeitsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben. Die Berufungskammer folgt den sorgfältigen Erwägungen des Arbeitsgerichts, denen sie sich in vollem Umfang anschließt, so dass auf eine erneute, nur wiederholende Darstellung verzichtet werden kann (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Nur ergänzend ist im Hinblick auf die in der Berufung von den Parteien vorgetragene Argumente noch hinzuzufügen:

1. Zutreffend hat das Arbeitsgericht die Kündigung vom 27.09.2004 wegen unzureichender Anhörung des bei der Beklagten bestehenden Personalrats für unwirksam gehalten (Art. 77 Abs. 4 BayPVG).

- a. Die Unwirksamkeit der Kündigung folgt unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstandes schon daraus, dass die Beklagte den Personalrat nicht gemäß den Bestimmungen des BayPVG beteiligt hat. Nach Art. 77 Abs. 1 S. 1 BayPVG wirkt der Personalrat bei ordentlichen Kündigungen mit. Art und Umfang der Beteiligung ergeben sich aus Art. 72 BayPVG. Nach dessen Abs. 1 ist die beabsichtigte Maßnahme mit dem Ziel einer Verständigung rechtzeitig und umfassend mit dem Personalrat zu erörtern. Nach Art. 72 Abs. 3 BayPVG hat die Dienststelle ihre Entscheidung dem Personalrat schriftlich mitzuteilen, wenn sie den Einwendungen des Personalrats nicht entspricht.

Angesichts des klaren Wortlautes – Zitierung des Art. 77 Abs. 1 in Art. 72 Abs. 1 BayPVG – gelten diese Grundsätze auch für die Beteiligung des Personalrats bei Kündigungen. Die für die Ordnungsmäßigkeit der Beteiligung darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat schon diese formalen Voraussetzungen nicht ausreichend vorgetragen. Zwar hat die Beklagte den Personalrat mit Schreiben vom 13.05.2004 schriftlich über die beabsichtigte Kündigung unterrichtet. Der Personalrat hat mit Schreiben vom 14.05.2004 der Kündigung widersprochen. Er hat zwar nicht ausdrücklich um Erörterung der beabsichtigten Maßnahme gebeten. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich die Kammer anschließt, ist jedoch dann von einem Wunsch des Personalrats nach Erörterung der Angelegenheit auszugehen, wenn dieser gegen die beabsichtigte Kündigung Einwendungen erhebt und dieser widerspricht (BAG vom 03.02.1982, 7 AZR 907/79, AP Nr. 1 zu § 72 BPersVG; BAG vom 20.01.2000, 2 AZR 65/99, EzA § 2 KSchG Nr. 39; KR-Etzel, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsrecht, 7. Aufl. 2004, §§ 72, 79, 108 Abs. 2 BPersVG Rn. 34). Genau diese Konstellation liegt aber hier vor. Darüber hinaus hat der Personalrat in seiner Stellungnahme vom 14.05.2004 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er hoffe, dass die Kündigung nicht ausgesprochen werde und dass er zu einer Besprechung der Angelegenheit zur Verfügung stehe. Er hat hierdurch und durch den Hinweis auf die soziale Auswahl deutlich zu verstehen gegeben, dass er für den Fall, dass die Beklagte seinen Einwendungen nicht folgen wolle, Erörterungsbedarf gesehen hat. Die Beklagte ist diesem Wunsch nicht nachgekommen. Schon dies macht die Kündigung nach Art. 77 Abs. 4 BayPVG, der die Unwirksamkeit auch für eine nicht ordnungsgemäße Beteiligung anordnet, unwirksam (so ausdrücklich BAG vom 20.01.2000, a.a.O., unter II.2.c. am Ende der Entscheidungsgründe).

- b. Mit Recht hat das Arbeitsgericht angeführt, dass sich die Personalratsanhörung auch deswegen als nicht ordnungsgemäß erweist, weil dem Personalrat keine Angaben zur sozialen Auswahl gemacht worden sind. Die Beklagte hat sich in der Anhörung gegenüber dem Personalrat zur Frage der Sozialauswahl in keiner Weise geäußert.

Zwar entspricht es dem Grundsatz der „subjektiven Determinierung“, dass eine Betriebsratsanhörung dann nicht als fehlerhaft anzusehen ist, wenn der Arbeitgeber über denjenigen Sachverhalt vollständig informiert hat, der er zur Begründung der Kündigung verwenden will. Der Arbeitgeber muss dem Mitbestimmungsgremium die Gründe für seine Kündigungsabsicht derart umfassend mitteilen, dass dieses ohne eigene Nachforschungen in der Lage ist, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich ein Bild hiervon zu machen (vgl. etwa BAG vom 05.12.2002, 2 AZR 697/01, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 52). Hält er eine Sozialauswahl nicht für erforderlich, muss er die Daten anderer Arbeitnehmer – die er nicht als vergleichbar ansieht –

auch nicht mitteilen (Einzelheiten vgl. etwa bei KR-Etzel, a.a.O., § 102 BetrVG Rn. 58 ff.). Hätte die Beklagte also mitgeteilt, sie halte eine solche Sozialauswahl nicht für erforderlich, dann wäre diese Rechtsauffassung zwar als falsch anzusehen; an der Anhörung des Personalrats würde diese Kündigung aber nicht scheitern (BAG vom 07.11.1996, 2 AZR 720/95, zitiert nach juris; BAG vom 05.12.2002, a.a.O.).

Dies hat die Beklagte allerdings nicht getan. Sie hat zur Sozialauswahl geschwiegen. Sie hat weder mitgeteilt, dass eine Sozialauswahl ihrer Ansicht nach nicht erforderlich sei (so im Fall des BAG vom 24.02.2000, 8 AZR 167/99, EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 104), noch ist dies aus den Umständen erkennbar. Es kann unterstellt werden, dass der Personalverantwortliche einer Gemeinde mit über einhundert Beschäftigten weiß, dass bei einer betriebsbedingten Kündigung grundsätzlich eine soziale Auswahl zwischen vergleichbaren Arbeitnehmern vorzunehmen ist. Wenn er meint, eine solche nicht vornehmen zu müssen, muss er dies auch dem Personalrat mitteilen.

Die Kammer kann dahinstehen lassen, ob diese Grundsätze in jedem Einzelfall zutreffen. Vorliegend kommen nämlich mehrere Gesichtspunkte hinzu. Zum einen hat der Personalrat in seiner Stellungnahme ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine Sozialauswahl erforderlich sei. Die Beklagte hätte zumindest im Rahmen ihrer Beratungspflicht nach Art. 72 Abs. 1 S. 1 BayPVG auf dieses Argument eingehen müssen. Zum zweiten sah sich die Beklagte in der vorliegenden Konstellation offensichtlich nicht zum sofortigen Ausspruch der Kündigung gezwungen. Sie hatte Zeit, zunächst die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung einzuholen, die Kündigung erst mehr als vier Monate nach der Anhörung des Personalrats auszusprechen und dem Personalrat die Mitteilung darüber zu machen, dass das Verfahren vor dem Integrationsamt durchgeführt werden solle. Jedenfalls in dieser Konstellation hätte sie den Personalrat, dem sie keinerlei Informationen über die Sozialauswahl gegeben hatte, mitteilen müssen, dass eine solche Sozialauswahl nach ihrer Ansicht nicht in Betracht komme.

- c. Die Personalratsanhörung war auch deswegen nicht als ordnungsgemäß anzusehen, weil das am 13.05.2004 durchgeführte Anhörungsverfahren der erst am 27.09.2004 ausgesprochenen Kündigung nicht mehr zugeordnet werden kann. Nach dem Zweck des Anhörungsverfahrens, dem Mitbestimmungsgremium Gelegenheit zu geben, auf den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers Einfluss zu nehmen, kann grundsätzlich ein Anhörungsverfahren nur für diejenige Kündigung Wirksamkeit entfalten, für die es eingeleitet worden ist (BAG vom 11.10.1989, 2 AZR 88/89, EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 78). Gibt der Arbeitgeber seine Kündigungsabsicht zunächst auf, weil der Arbeitnehmer nach Anhörung des Personalrats einen Antrag auf Zuerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft gestellt hat, wartet er ab, weil er zum einen nicht weiß, ob und in welchem Umfang dieser Antrag Erfolg haben wird, weil er zum anderen vorsorglich die Durchführung eines Zustimmungsverfahrens für eine solche Kündigung durchführen will, dann zeigt der Arbeitgeber, dass ein endgültiger Kündigungsentschluss im Anhörungszeitpunkt noch gefehlt hat. Die nach der Anhörung des Personalrats, aber vor Ausspruch der Kündigung liegenden Umstände haben ihn bewogen, weitere Erkenntnisse oder Ergebnisse abzuwarten. In diesem Fall ist auch zu erwarten, dass er den Personalrat zu einer dann – nach Erlangung dieser zusätzlichen Erkenntnisse – nochmals und unter Benennung dieser Erkenntnisse zur beabsichtigten Kündigung anhört. Die Beklagte kann sich nicht damit verteidigen, sie habe

dem Personalrat mit Schreiben vom 03.06.2004 mitgeteilt, dass sie das Zustimmungsverfahren vor dem Integrationsamt abzuwarten gedenke. Dieses Schreiben stellt nämlich ersichtlich keine neue Beteiligung im Sinne von Art. 77 Abs. 1, 72 BayPVG dar. Weder hat der Personalrat das Schreiben so verstanden, dass er mit den nunmehrigen Erkenntnissen – Stellung des Antrags auf Schwerbehinderung – nochmals zur Stellungnahme aufgefordert sei, noch offensichtlich die Beklagte selbst.

Der Sachverhalt stellt sich, worauf schon das Arbeitsgericht zutreffend hingewiesen hat, anders dar als in der Konstellation, in der der Arbeitgeber in Kenntnis der Erforderlichkeit der Zustimmung des Integrationsamtes zunächst die Anhörung des Betriebs- oder Personalrates durchführt und danach die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung beantragt. In diesem Fall hat er von vornherein schon bei der Anhörung erklärt, er werde das erforderliche Zustimmungsverfahren noch einholen, die Erteilung der Zustimmung sei Voraussetzung für die Kündigung. Eine solche Erklärung fehlt in der Anhörung vom 13.05.2004; einen solchen Zusammenhang hat die Beklagte hierin gerade nicht hergestellt. Die Konstellation ist auch nicht vergleichbar. Es stellt einen erheblichen Unterschied dar, ob der Arbeitgeber auf die Zustimmung des Integrationsamtes angewiesen ist und dies auch dem Betriebs- oder Personalrat mitteilt, oder ob er sicherheitshalber und zum Wohl des Arbeitnehmers, aber jedenfalls nach freiem Willensentschluss einstweilen auf den Ausspruch der Kündigung verzichtet. Die Beklagte hätte selbst nach Antragstellung des Klägers im Juni 2004 ohne weiteres das Arbeitsverhältnis kündigen können. Nach der - zugegeben damals ganz neuen - Gesetzeslage durch Gesetz vom 23.04.2004, gültig ab 01.05.2004 (BGBl. I S. 606) gilt der Schwerbehindertenschutz dann nicht, wenn die Schwerbehinderteneigenschaft im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nicht festgestellt ist (§ 90 Abs. 2a SGB IX). Der Wirksamkeit der Kündigung hätte damals nichts entgegengestanden. Aber auch unter der vor diesem Zeitpunkt geltenden Gesetzeslage hätte der Arbeitgeber in einem Fall, in dem der Grad der Behinderung nicht feststand, kündigen können. Er hätte das Risiko getragen, dass bei nachträglicher Feststellung des Behindertenschutzes die Kündigung nicht wirksam gewesen wäre. Nichts hätte die Beklagte allerdings gehindert, den Personalrat in Kenntnis dieses möglichen Schutzes und ihrer Absicht, das Zustimmungsverfahren durchzuführen, nochmals zur nun auf geänderter Tatsachengrundlage bestehender Kündigungsabsicht anzuhören.

2. Die Kündigung vom 27.09.2004 scheitert auch an der fehlenden sozialen Rechtfertigung. Zutreffend hat das Arbeitsgericht ausgeführt, die Darlegung hinsichtlich der betrieblichen Gründe sei zu unpräzise. Zwar hat die Beklagte in der Berufungsinstanz nunmehr erklärt, ein Teil der bisherigen Aufgaben des Klägers werde durch die Leiterin des Kulturamtes und einen Praktikanten durchgeführt. Auch dieser Vortrag genügt nicht. Die Beklagte hätte im Einzelnen darstellen müssen, welche Tätigkeiten der Kläger mit welchen Zeitanteilen in diesem Bereich zu verrichten hatte und wie diese Aufgaben auf die anderen Kräfte verteilt werden sollten. Nur dann wäre dem Kläger substantiierter Sachvortrag dahingehend möglich gewesen, dass und warum dies nicht möglich sei. Nur dann wäre der Kammer eine Prüfung möglich gewesen, ob dieses Konzept nachvollziehbar zum Wegfall des Arbeitsplatzes des Klägers geführt hat.
3. Ausführungen zur Richtigkeit der sozialen Auswahl hat die Beklagte bezogen auf die Kündigung vom 27.09.2004 nicht gemacht. Eine solche Sozialauswahl war jedoch vorzunehmen. Die Ausführungen der Beklagten, der Kläger sei mit kei-

nem anderen Arbeitnehmer vergleichbar, überzeugen nicht. Die Beklagte scheint hierbei den tatsächlichen Einsatz des Klägers mit der arbeitsvertraglichen Einsatzmöglichkeit gleichzusetzen. Dies ist aber nicht gestattet. Auch wenn es zutrifft, dass die Beklagte im Hinblick auf die beantragten und bezogenen Fördermittel im Verhältnis zur – damaligen – Bundesanstalt für Arbeit gehindert gewesen sein sollte, den Kläger anderweitig einzusetzen: Diese Frage betrifft allein das Verhältnis der Beklagten zur Bundesanstalt für Arbeit. Es hat mit denjenigen Absprachen, die die Parteien im Arbeitsverhältnis getroffen haben, nichts zu tun. Zumindest im Anstellungsvertrag vom 16.09.1999 (a.a.O., Bl. 41 f. d.A.) und im Arbeitsvertrag vom 18.12.2001 (a.a.O., Bl. 65 d.A.) sind irgendwelche Einschränkungen über den Einsatz des Klägers nicht mehr im Vertrag enthalten. Vielmehr wird auf den Bundesangestelltentarifvertrag und die gesetzlichen Bestimmungen verwiesen. Damit kommen die Vorschriften des § 12 BAT sowie des § 106 GewO zur Anwendung. Die Beklagte war ohne Zweifel berechtigt, dem Kläger eine anderweitige Tätigkeit seiner Vergütungsgruppe innerhalb der Verwaltung zuzuweisen. Sie war grundsätzlich verpflichtet, die soziale Auswahl zwischen den Angestellten gleicher Vergütungsgruppe durchzuführen. Sie ist trotz des hierauf hinweisenden arbeitsgerichtlichen Urteils bei ihrer Auffassung hinsichtlich der Einsetzbarkeit des Klägers geblieben, ohne sich zur Sozialauswahl, wie sie für die Kündigung vom 27.09.2004 hätte durchgeführt werden müssen, zu äußern. Daher liegt auch ein Verstoß gegen § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG vor.

4. Das Arbeitsverhältnis ist auch durch die Kündigung vom 15.12.2004 nicht aufgelöst worden. Auch diese Kündigung, scheidet, wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, an der ordnungsgemäßen Anhörung des Personalrats.
 - a. Zunächst gilt das hinsichtlich der Anforderung an die Beteiligung des Personalrats Ausgeführte auch hierfür. Die Beklagte hat in keiner Weise dargelegt, dass eine Erörterung mit dem Personalrat erfolgt wäre, dass ihm auch nur mitgeteilt worden wäre, seinen Einwendungen werde nicht entsprochen. Auch diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Erörterung nicht deswegen überflüssig gewesen wäre, weil der Personalrat eine solche nicht gewünscht hätte. Der Personalrat hat auch hier Einwendungen erhoben, hat im Schreiben vom 12.10.2004 (a.a.O., Bl. 106 f. d.A.) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er für eine Besprechung der Angelegenheit zur Verfügung stehe. Er hat gerügt, dass die Auswahlrichtlinien nicht nachvollzogen werden könnten und dass die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung nicht ausreichend geprüft worden seien. All dies sind Punkte, die in einer Erörterung geklärt hätten werden können. Die Beklagte konnte nicht davon ausgehen, dass eine solche überflüssig sei.
 - b. Auch hinsichtlich der Kündigung vom 15.12.2004 ist für die Kammer nicht nachvollziehbar, warum die Beklagte nach Erhalt der Stellungnahme des Personalrats am 14.10.2004 erneut zwei Monate zugewartet hat, bis sie die Kündigung ausgesprochen hat. Sie selbst hat sich darauf bezogen, dass eine Zustimmung des Integrationsamtes durch Bescheid vom 27.09.2004 nunmehr vorliege. Sie hat den Bescheid des Integrationsamtes der Anhörung beigelegt. Gleichwohl hat sie es nicht für nötig befunden, nunmehr die Kündigung auszusprechen. Sie hat vielmehr mehr als einen Monat zugewartet. Der Bescheid des Integrationsamtes vom 23.09.2004 konnte aufgrund dieses Zuwartens nach § 88 Abs. 3 SGB IX nicht mehr zur Begründung der Kündigung dienen. Schon dies stellt einen geänderten Umstand dar – die Beklagte vermittelt gegenüber dem Personalrat den Eindruck, sie wolle aufgrund dieser Zustimmung kündigen, tut dies aber ohne Angaben von Gründen nicht -, der

den Zusammenhang zwischen Anhörung und Kündigung unterbricht.

Die Beklagte hat vielmehr, ohne dass sie dies oder die Gründe dafür dem Personalrat gegenüber zum Ausdruck gebracht hat, einen weiteren Antrag auf Zustimmung zur ordentlichen Kündigung des Klägers gestellt. Diesen Antrag hat das Integrationsamt mit Bescheid vom 08.12.2004 dahingehend verbeschieden, dass eine Zustimmung nicht erforderlich sei. Auch hier ist die Beklagte also nach Abschluss des Anhörungsverfahrens erneut tätig geworden, ohne dass dafür ein dem Personalrat erkennbarer Anlass bestand. Sie hat erneut so lange zugewartet, bis nunmehr ein neuer Sachverhalt – nämlich das Vorhandensein des Negativbescheids durch das Integrationsamt – vorlag. Diesen neuen Sachverhalt hätte sie dem Personalrat mitteilen, hierzu hätte sie ihn erneut anhören müssen. Wenn der Arbeitgeber die Kündigung wie hier nicht zeitnah nach Abschluss des Anhörungsverfahrens ausspricht, dann hat er auch das Risiko dafür zu tragen, dass neue Umstände der Verwendung der länger zurückliegenden Anhörung für diese Kündigung entgegenstehen.

5. Das zur Kündigung vom 27.09.2004 im Hinblick auf die Darlegung des betrieblichen Grundes Ausgeführte gilt auch hinsichtlich der Kündigung vom 15.12.2004. Die Beklagte hat ihren diesbezüglichen Sachvortrag nicht ausreichend ergänzt.
6. Die Kündigung scheitert auch an § 1 Abs. 3 KSchG. Zwar hat die Beklagte hinsichtlich der Kündigung vom 15.12.2004 nunmehr eine Sozialauswahl durchgeführt. Das von ihr verwendete Punkteschema – Lebensalter durch 10, Jahr der Betriebszugehörigkeit mal 3 und jede Unterhaltspflicht mal 6 – ist schon deswegen nicht tauglich, weil seit der Gesetzesänderung zum 01.01.2004 auch die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers als viertes Kriterium zwingend Berücksichtigung finden muss. Darüber hinaus erscheint es als unzulässig, dem Kriterium der Betriebszugehörigkeit ein derartiges Übergewicht gegenüber dem Lebensalter zuzumessen, wie dies die Beklagte getan hat. Legt man das Schema zugrunde, dann führt dies dazu, dass etwa ein 30-Jähriger mit 10 Jahren Betriebszugehörigkeit (33 Punkte) einem 50-Jährigen mit 8 Jahren Betriebszugehörigkeit (29 Punkte) als sozial schutzwürdiger vorgezogen werden muss. Dies ist vom Wertungsspielraum des Arbeitgebers nicht mehr gedeckt. Ähnliches gilt für das drastische Überwiegen der Unterhaltspflichten gegenüber dem Lebensalter. Dies führt dazu, dass der Kläger auch im Hinblick auf seine im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung mit 50 Grad bestehende Eigenschaft als Schwerbehinderter als sozial schutzwürdiger anzusehen ist.

Diese Folge gilt umso mehr, wenn man das von der Beklagten selbst verwendete Schema zugrunde legt. Wenn man Lebensalter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltspflichten so, wie von der Beklagten vorgesehen, in Bezug setzt, dann kommt man bei der Angestellten M... auf eine Punktzahl von 28,8, beim Angestellten O... auf eine Punktzahl von 27,5 und beim Kläger auf eine solche von 25,7. Zählt man die Schwerbehinderung auch nur wie ein einziges Jahr der Betriebszugehörigkeit, dann hat der Kläger nach dem eigenen Punkteschema der Beklagten 28,7 Punkte. Sie hätte ihm unter Zugrundelegen ihres eigenen Schemas, gesetzgemäß ergänzt um die Behinderung als viertes Kriterium, nicht kündigen dürfen.

7. Die Kündigung vom 15.12.2004 scheitert schließlich auch an der fehlenden Zustimmung des Integrationsamtes zu dieser Kündigung.

- a. Dabei kann sich die Beklagte auf die mit Bescheid vom 23.09.2004 erteilte Zustimmung des Integrationsamtes zur Begründung ihrer Kündigung vom 15.12.2004 nicht stützen. Sie hat nicht innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Bescheides gekündigt. Nach § 88 Abs. 3 SGB IX ist dieser Zustimmungsbescheid - bezogen auf die Kündigung vom 15.12.2004 – nach eindeutiger gesetzlicher Regelung gegenstandslos.
- b. Die Beklagte kann sich auch nicht auf das Negativattest des Integrationsamtes vom 08.12.2004 stützen. Zwar konnte sie nach Erhalt dieses Attestes davon ausgehen, dass die Zustimmung des Integrationsamtes nicht erforderlich sei. Sie stand aber in dieser Situation nicht anders als ein sonstiger Arbeitgeber, der von der Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers keine Kenntnis hat. Zeitlich nach diesem Attest, aber vor Ausspruch der Kündigung, ist ein geänderter Sachverhalt eingetreten. Durch Bescheid vom 13.12.2004 wurde der Grad der Behinderung auf 50 heraufgesetzt, ist die Schwerbehinderteneigenschaft festgestellt. Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung beim Kläger bestand also der Nachweis der Schwerbehinderteneigenschaft. Auf den Zugang dieses Bescheides beim Kläger kommt es dabei nicht an. Entscheidend ist auch nach der Neufassung des § 90 Abs. 2a SGB IX nicht, ob der Arbeitgeber von der Schwerbehinderung Kenntnis hat. Entscheidend ist allein, dass die Schwerbehinderteneigenschaft im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung feststand (so zutreffend Zirnbauer in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, §§ 85 - 92 SGB IX Rn. 21 f.; Vossen in Stahlhake/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rn. 1472b f.; Rolfs in Erfurter Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 90 SGB IX Rn. 4a; KR-Etzel, a.a.O., §§ 85-90 SGB IX Rn. 23 f.; anderer Ansicht Neumann in Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, SGB IX, 11. Aufl. 2005, § 90 Rn. 23 f.). Sie kann – wie vorliegend wenige Tage nach Ausspruch der Kündigung geschehen – nach wie vor nachträglich mitgeteilt werden.

Diese Rechtsfolge ergibt sich im Übrigen auch aus der Anwendung der zweiten Alternative des § 90 Abs. 2a SGB IX. Danach sind die Schutzvorschriften auch dann anzuwenden, wenn der Antrag nicht innerhalb der Frist von drei Wochen verbeschieden ist (§ 69 Abs. 1 in Verbindung mit § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IX). Vorliegend ist nicht erkennbar und auch nicht von der Beklagten geltend gemacht, dass die Feststellung eines Grades der Behinderung von 50 nicht schon mit dem Ausgangsbescheid möglich gewesen wäre. Wäre dies der Fall gewesen, wäre der Nachweis der Schwerbehinderteneigenschaft auch gegenüber der Beklagten im Kündigungszeitpunkt längst erbracht gewesen. Nur für den Fall der fehlenden Mitwirkung des Arbeitnehmers, für die es hier keine Anhaltspunkte gibt und für die der Arbeitgeber zumindest darlegungspflichtig wäre (Cramer, NZA 2004, 704), scheidet der Schutz des SGB IX für diesen Arbeitnehmer aus. Würde man, wie die Beklagte meint, § 90 Abs. 2a SGB IX in seiner zweiten Alternative auch nicht für diese Konstellation anwenden, bliebe keinerlei Anwendungsbereich (so zutreffend auch Neumann, a.a.O., § 85 Rn. 37 mit weiteren Nachweisen). Hätte das Versorgungsamt von Anfang an rechtzeitig innerhalb der Frist und zutreffend entschieden, wäre der Schutz gegeben. Die zunächst ohne Verschulden des Arbeitnehmers erfolgte fehlende Feststellung der Behinderteneigenschaft soll nach der – sprachlich verunglückten – Regelung des Gesetzes nicht zu Lasten des Arbeitnehmers gehen. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob das Versorgungsamt überhaupt nicht, nicht rechtzeitig oder zunächst falsch entschieden hat. In all diesen Fällen ist die nicht rechtzeitige Feststellung des

Schutzes in einer nicht dem Kläger zuzurechnenden Sphäre; er soll keinen Nachteil deswegen haben, weil die Feststellung des Schutzes nicht zeitnah nach seinem Antrag erfolgt ist. Nach alldem bestand im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung der Schutz des Klägers. Es hätte - zumindest aufgrund der mit Bescheid vom 13.12.2004 geänderten Umstände – einer Zustimmung des Integrationsamtes bedurft.

8. Nach alldem erweisen sich beide Kündigungen aus mehreren Gesichtspunkten als unwirksam. Das Urteil des Arbeitsgerichts hat dies zutreffend festgestellt, so dass die Berufung zurückzuweisen ist.
9. Die Beklagte, Berufungsklägerin, hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen (§§ 64 Abs. 6 ArbGG, 97 Abs. 1 ZPO).
10. Für die Zulassung der Revision bestand kein gesetzlich begründeter Anlass. Die Entscheidung der Kammer beruht nicht nur auf der von der Beklagten als grundsätzlich angeführten Auslegung des § 90 Abs. 2a SGB IX.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Auf § 72a ArbGG wird hingewiesen.

Vetter, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht
Meyer, Ehrenamtlicher Richter
Fieger, Ehrenamtlicher Richter

Verkündet am 04.10.2005