

stud. iur. XXXX
Matrikel-Nr.: XXXX
Semester: 6

Sommersemester 2007
11.06.2007

XXXX
XXXX Jena

**"Der Schwerbehinderte im Arbeitsrecht: Beginn und Be-
endigung des Arbeitsverhältnisses."**

Seminararbeit

Seminar im Arbeitsrecht: "Rechtliche Probleme besonderer
Arbeitnehmergruppen"

Prof. Dr. Jacob Jousen

Schriftumsverzeichnis

➤ **Kommentare**

Lachwitz, Klaus /
Schellhorn, Walter / Welti, Felix: Handkommentar zum SGB IX - Rehabilitation und Teilhabe
behinderter Menschen, 2. Aufl., Neuwied 2006
(zit. *Bearbeiter* in HK-SGB IX)

Bihr, Dietrich / Fuchs, Harry /
Krauskopf, Dieter: SGB IX - Kommentar und Praxishandbuch, St. Augustin
2006
(zit. Fuchs SGB IX)

Dieterich, Thomas / Müller-Glöge, Rudi /
Preis, Ulrich / Hanau, Peter /
Schaub, Günter: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Aufl., München
2007
(zit. *Bearbeiter* in ErfK)

Müller-Wenner, Dorothee /
Schorn, Ulrich: SGB IX 2. Schwerbehindertenrecht. Kommentar, München
2003
(zit. Müller-Wenner/Schorn SGB IX Teil 2)

➤ **Lehrbücher**

Bauer, Jobst-Hubertus / Krieger, Steffen: Kündigungsrecht - Reformen 2004. Gesetze zu Reformen am
Arbeitsmarkt und "Hartz-Gesetze", Köln 2004
(zit. Bauer/Krieger)

Kossens, Michael / Maaß, Michael /
Steck, Brigitte / Wollschläger, Frank: Grundzüge des neuen Behindertenrechts - SGB IX und
Gleichstellungsgesetz, München 2003
(zit. Kossens)

Schaub, Günter: Arbeitsrechtshandbuch, 11. Aufl., München 2005
(zit. Schaub, ArbR-HdB)

- Wagner, Rainer / Kaiser, Daniel: Einführung in das Behindertenrecht, Berlin, Heidelberg, New York 2004
(zit. Wagner/Kaiser)
- Weyand, Joachim / Schubert, Jens: Das neue Schwerbehindertenrecht - Leitfaden zum Deutschen Bundesrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2002
(zit. Weyand/Schubert)
- Wollenschläger, Michael: Arbeitsrecht, 3. Aufl., Köln, Berlin, München 2006
(zit. Wollenschläger)

➤ **Aufsätze**

- Annuß, Georg: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, BB 2006, S. 1629
- Bauer, Jobst-Hubertus / Powietzka, Arnim: Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer - Nachweis, Sozialauswahl, Klagefrist und Reformbedarf, NZA-RR 2004, S. 505 ff.
- Bauer, Jobst-Hubertus / Thüsing, Gregor / Schunder, Achim: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz - Alter Wein in neuen Schläuchen?, NZA 2006, S. 774 ff.
- Braasch, Dietrich: Das nochmals reformierte Schwerbehindertenrecht, BR 2001, S. 177 ff.
- Cramer, Horst: Die Neuerungen im Schwerbehindertenrecht des SGB IX - Das Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen, NZA 2004, S. 698 ff.
- Däubler, Wolfgang: Erhebung von Arbeitnehmerdaten, CR 1994, S. 101 ff.
- Düwell, Franz Josef: Mehr Rechte für Schwerbehinderte und ihre Vertretungen durch das SchwbBAG, BB 2000, S. 2570 ff.
- Düwell, Franz Josef: Neu geregelt: Die Stellung der Schwerbehinderten im Arbeitsrecht, BB 2001, S. 1527 ff.

Düwell, Franz Josef:	Die Neuregelung des Verbots der Benachteiligung wegen Behinderung im AGG, BB 2006, S. 1741 ff.
Griebeling, Jürgen:	Neues im Sonderkündigungsschutz schwerbehinderter Menschen, NZA 2005, S. 494 ff.
Joussen, Jacob:	Si tacuisses - Der aktuelle Stand zum Fragerecht des Arbeitgebers nach einer Schwerbehinderung, NJW 2003, S. 2857 ff.
Jürgens, Andreas:	Der Diskriminierungsschutz im Grundgesetz, DVBl., 1997, S. 410 ff.
Koppentfels-Spies, Katharina von:	Schwangerschaft und Schwerbehinderung - zwei weiterhin unbeliebte Fragen im Arbeitsrecht, AuR 2004, S. 43 ff.
Messingschlager, Thomas:	"Sind sie schwerbehindert?" - Das Ende einer (un)beliebten Frage, NZA 2003, 301 ff.
Rolfs, Christian / Paschke, Derk:	Die Pflichten des Arbeitgebers und die Rechte schwerbehinderter Arbeitnehmer nach § 81 SGB IX, BB 2002, S. 1260 ff.
Schaub, Günther:	Ist die Frage nach der Schwerbehinderung zulässig?, NZA 2003, S. 299 ff.
Schorn, Ulrich:	Der Grad der Behinderung im SGB IX - Anhaltende Versäumnisse des Gesetzgebers, Soziale Sicherheit 2002, S. 127 ff.
Schwarzbach, Rainer:	Chancen auf dem Arbeitsmarkt: Aktive Stellenakquise, UNI Magazin (Bundesanstalt für Arbeit) 2003, S. 25 ff.
Thüsing, Gregor / Lambrich, Thomas:	Das Fragerecht des Arbeitgebers - aktuelle Probleme zu einem klassischen Thema, BB 2002, S. 1146 ff.
Thüsing, Gregor / Wege, Donat:	Behinderung und Krankheit bei Einstellung und Entlassung, NZA 2006, S. 136 ff.
Wisskirchen, Gerlind:	Der Umgang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz - Ein Kochrezept für Arbeitgeber, DB 2006, S. 1491 ff.

Wohlgemuth, Hans H.:

Fragerecht und Erhebungsrecht - zu den Grenzen des Informationsbeschaffungsrechts des Arbeitgebers, AuR 92, S. 46 ff.

➤ **Dissertationen**

Hansjakob, Maria:

Vereinbarkeit des deutschen Behindertenrechts insbesondere des SGB IX mit der europäischen Rahmenrichtlinie 2000/78/EG, Jena 2005
(zit. Hansjakob)

Gliederung

A. Einleitung	1
B. Hauptteil	2
I. Überblick	2
1. Der deutsche Behindertenschutz vom II. Weltkrieg bis heute - rechtliche Grundlagen	2
a) Schwerbehindertengesetz (SchwbG)	2
b) Gesetz über die Angleichung der Leistungen zur Rehabilitation (RehaAnglG)	2
c) Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter (SchwbBAG)	3
d) Gesetz über die Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (SGB IX)	3
e) Behindertengleichstellungsgesetz (BGG)	4
f) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)	4
g) Verfassungsrechtliches Benachteiligungsverbot aus Art. 3 III 2 GG	4
2. Wer ist "schwerbehinderter Mensch" bzw. ab wann greift der Schwerbehindertenschutz des SGB IX?	5
a) Begriff der Behinderung	5
aa) "Neue" Definition aus § 2 I SGB IX	5
(1) Bedeutung	5
(2) Begriff des SGB IX	5
(3) Körperliche Funktion, geistige Fähigkeit und seelische Gesundheit	6
(4) Sechs-Monats-Grenze	7
(5) Für das Lebensalter typischer Zustand	7
(6) Beeinträchtigung der Teilhabe	7
(7) Drohende Behinderung gemäß § 2 I 2 SGB IX	7
(8) Kritik	7
bb) "Alte" Definition des SchwbG	8
cc) Definition des EuGH	8
b) Grad der Behinderung (GdB)	9
II. Beginn des Arbeitsverhältnisses schwerbehinderter Arbeitnehmer	9
1. Beschäftigungspflicht	9
a) Regel	9
b) Sanktion bei Nichteinhaltung der Beschäftigungsquote	10
2. Prüfpflicht	10
a) Regel	10
b) Ausnahme	11
c) Durchblick	11
d) Sanktion bei Verstoß gegen die Prüfpflicht	12
3. Benachteiligungsverbot	12
a) Allgemein	12

b) Ausnahmen	13
c) Fragerecht des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderteneigenschaft	14
aa) Bisherige Rechtslage	14
bb) Neue Rechtslage	15
cc) Fazit	16
d) Sanktion bei Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot	16
III. Ende des Arbeitsverhältnisses schwerbehinderter Arbeitnehmer	17
1. Kündigung durch den Arbeitgeber	17
a) Ordentliche Kündigung	17
aa) Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG)	17
bb) Sozialgesetzbuch IX (SGB IX)	18
(1) Personaler Anwendungsbereich	18
(2) Konfliktprävention	19
(3) Vorrang der Rehabilitation	20
(4) Zustimmung Integrationsamt	20
(5) Information und Anhörung Schwerbehindertenvertretung	21
cc) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)	21
b) Außerordentliche Kündigung	21
2. Kündigung durch den Arbeitnehmer	22
3. Sonstige Beendigungsgründe	22
C. Fazit	23

Thema: "Der Schwerbehinderte im Arbeitsrecht: Beginn und Beendigung des Arbeitsverhältnisses."

A. Einleitung

Schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Menschen, sowie Behinderte im Allgemeinen haben es naturgemäß auf Grund unterschiedlicher Einschränkungen schwerer als Andere, am gesellschaftlichen Leben zu partizipieren und sich selbst zu verwirklichen. Eine Folge hieraus ist ua, dass sie vergleichsweise überdurchschnittlich hoch von Arbeitslosigkeit¹ betroffen sind und es gerade für schwerbehinderte Menschen äußerst schwierig ist, in Beschäftigungs- bzw. Arbeitsverhältnisse zu gelangen. Maßnahmen, die Betroffenen helfen sollen in Beschäftigungsverhältnisse zu gelangen, sind daher sehr wichtig (Beschäftigungsförderung). Hierzu seien aus dem Gesetz mit der Beschäftigungs- und Prüfpflicht in §§ 71, 81 I SGB IX nur einige Instrumente beispielhaft genannt.

Die Rehabilitations- und Teilhabebestrebungen hier jedoch ausschließlich auf die Förderung neuer Arbeitsplätze zu beschränken, wäre zu kurz gedacht. Viele Arbeitgeber versuchen sich auf Grund des hohen Kostenfaktors der "ungeliebten" Arbeitnehmer durch Kündigung wieder zu entledigen. Behinderungsbedingte Nachteile, die Schwerbehinderte auf dem Arbeitsmarkt erleben, müssen ausgeglichen² und bestehende Arbeitsplätze nach Möglichkeit erhalten werden (Beschäftigungssicherung). Der dazu geschaffene Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte in den §§ 85 ff. SGB IX soll so als Ausgleich für die typischerweise geringere Wettbewerbsfähigkeit von Schwerbehinderung Betroffener auf dem Arbeitsmarkt wirken und dadurch die Beschäftigung fördern.³

Im Folgenden soll diese Arbeit auf die oben angeführten Rechte im Einzelnen näher eingehen, sowie damit verbundene aktuelle Entwicklungen bzw. Probleme vor allem auch im europäischen Kontext nicht außer Acht lassen.

¹ Im Jahre 2005 waren ca. 190.000 aller Arbeitslosen Schwerbehinderte; mehr Statistiken siehe unter: www.integrationsaemter.de/files/602/Einzelgrafiken_ZB_JB_0506.pdf.

² Wagner/Kaiser, S. 57.

³ Griebeling NZA 05, 497.

B. Hauptteil

I. Überblick

1. Der deutsche Behindertenschutz vom II. Weltkrieg bis heute - rechtliche Grundlagen⁴

a) Schwerbehindertengesetz (SchwbG)

Das 1923 eingeführte Schwerbeschädigtengesetz (SchwBeschG), welches nach dem I. Weltkrieg trotz der Wirtschaftskrise dieser Jahre zu einer fast vollständigen Wiedereingliederung der schwerbeschädigten Kriegsoffer in das Arbeitsleben führte, reichte auf Grund der hohen Zahl der Kriegsversehrten des II. Weltkrieges nicht mehr aus, den Kriegsfolgelasten ausreichend Rechnung zu tragen. In den Folgejahren erfuhr das Gesetz zwar zahlreiche Änderungen wie beispielsweise die erstmalige Einführung des Institutes der Ausgleichsabgabe oder das Institut des bezahlten Zusatzurlaubes von sechs Arbeitstagen im Jahr. Die Ausgleichsabgabe sah dabei eine monatliche Pflichtabgabe von 50 DM für jeden nichtbesetzten Pflichtplatz vor. Als Weiterentwicklung löste dann das Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft (SchwbG) im Jahre 1974⁵ das SchwBeschG ab und im Jahre 1986 noch einige Modifikationen erfuhr. Durch dieses Gesetz sollte allen behinderten Menschen ohne Rücksicht auf die Ursache ihrer Schädigung die Möglichkeit einer umfassenden Rehabilitation eröffnet werden. Dabei wurden alle Abschnitte des Gesetzes umfassend neu geordnet und entsprechend abgeändert. So wurde ua die Beschäftigungspflicht und Ausgleichsabgabe neu geordnet, das Verwaltungsverfahren vereinfacht, die Einrichtung eines Ausgleichsfonds für überregionale Maßnahmen zur Eingliederung Schwerbehinderter geregelt, sowie der besondere Kündigungsschutz verstärkt. Die Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) wurde dabei bis 1986 in Prozenten von 10-100% angegeben; nach der Reform dann in Graden der Behinderung (GdB) von 10-100. Schwerbehindertenschutz wurde danach bis 1986 bei einem MdE von 50%, seit 1986 bei einem GdB von mindestens 50 gewährt.

b) Gesetz über die Angleichung der Leistungen zur Rehabilitation

(RehaAnglG)

Quasi parallel zum SchwbG entstand 1974⁶ das Gesetz über die Angleichung der Leistungen zur Rehabilitation (RehaAnglG). Hierin wurde erstmalig das

⁴ Soweit nicht anders gekennzeichnet Übersicht basierend auf: Wagner/Kaiser, S. 10ff.; Hansjakob, S. 33ff.

⁵ BGBl. I 1974, 981.

⁶ BGBl. I 1974, 1881.

bis dato unterschiedlich geregelte Recht der medizinischen, berufsfördernden und ergänzenden Rehabilitation vereinheitlicht und verbessert. Ziel des Gesetzes war, alle Maßnahmen so einzusetzen, dass Betroffene auf Dauer in Arbeit, Beruf und Gesellschaft eingegliedert werden können, siehe § 1 RehaAnglG.

c) Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter
(SchwbBAG)

Zwar waren Anfang der siebziger Jahre noch wesentlich mehr freie Pflichtplätze vorhanden, als es gemeldete schwerbehinderte Menschen gab. Im Zuge des Anstiegs der allgemeinen Arbeitslosigkeit in den Folgejahrzehnten verschlechterte sich jedoch auch die Lage der schwerbehinderten Arbeitnehmer enorm. Dieser Entwicklung wollte man mit einer umfassenden Reform des SchwbG entgegensteuern. Dazu wurde im Jahre 2000 das Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter (SchwbBAG)⁷ eingeführt, wonach die Arbeitslosigkeit hiernach in den nächsten Jahren signifikant (25% im Vergleich zu 1999) reduziert werden sollte. Als Maßnahmen hierfür sah das Gesetz ua die Herabsetzung der Beschäftigungsquote von 6 (ab 16 Arbeitnehmern) auf 5% (ab nunmehr 20 Arbeitnehmern), sowie die Einführung von so genannten Integrationsfachdiensten vor.

d) Gesetz über die Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen
(SGB IX)

Nachdem bereits seit Jahren die Forderung nach einer einheitlichen und übersichtlichen Zusammenfassung des Rehabilitations- und Schwerbehindertenrechts in einem eigenen Buch des Sozialgesetzbuches regelmäßig in der Diskussion stand, wurde im Zuge der Reform des Sozialrechts nach einigen Anläufen im Jahre 2001 schließlich das Gesetz über die Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (SGB IX)⁸ beschlossen. Das Gesetz stellt nach der Einführung des RehaAnglG im Jahre 1974 die erste wirkliche Weiterentwicklung auf dem Gebiet des Behindertenrechts dar und im Gegensatz zum bisher geltenden SchwbG sind nunmehr nicht nur schwerbehinderte, sondern auch behinderte Menschen erfasst. Ziel des SGB IX gemäß § 1 ist die Förderung der Selbstbestimmung von behinderten Menschen und ihre gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft, sowie die Vermeidung bzw. die Bekämpfung von Benachteiligungen. Sie sollen dadurch in die Lage versetzt werden, ihre Belange so eigenverantwortlich wie möglich zu regeln und das

⁷ BGBl. I 2000, 1394.

⁸ BGBl. I 2001, 1046.

Anliegen der Fürsorge und Versorgung dabei immer mehr in den Hintergrund treten kann. Als Hilfen zur Teilhabe am Arbeits- und Gemeinschaftsleben werden in § 5 ua Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (§§ 26-31 SGB IX, Bsp. Krankenbehandlung) und Unterhalt sichernde, sowie andere ergänzende Leistungen (§§ 44-54, Bsp. Kinderbetreuungskosten) angeboten. Geändert wurde das SGB IX zuletzt durch das Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen⁹ im Jahre 2004. Vom Aufbau her ist das SGB IX in zwei Teile gegliedert. Im ersten Teil (§§ 1-67) finden sich allgemeine Regelungen für behinderte und von Behinderung bedrohte Menschen und im Zweiten (§§ 68-160) spezielle Rechte für Schwerbehinderte oder ihnen Gleichgestellte. Der zweite Teil stellt damit im Grund die Übernahme des früheren SchwbG - in Form des SchwbBAG mit wenigen Neuerungen - in das Sozialgesetzbuch dar.

e) Behindertengleichstellungsgesetz (BGG)

Mit dem Behindertengleichstellungsgesetz aus dem Jahre 2002¹⁰ werden die Belange behinderter Menschen im öffentlichen Leben geregelt. Ziel des Gesetzes ist, jedem freien Zugang zu allen öffentlichen Einrichtungen und deren Benutzung zu garantieren. Hierzu sieht das BGG beispielsweise den barrierefreien Zugang zu öffentlichen Gebäuden und Medien und die Bestellung eines Beauftragten für die Belange behinderter Menschen, der sich für deren Interessen einsetzt vor.

f) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Im Jahre 2006 wurde schließlich das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)¹¹ eingeführt. Dieses Gesetz dient der Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und enthält im Wesentlichen den Richtlinien text der EG-Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG und 2004/113/EG¹². Das Gesetz beinhaltet neben einem Allgemeinen Teil (§§ 1-5) und Regelungen die den Rechtsschutz betreffen (§§ 22-23), im Besonderen auch Abschnitte über arbeits- und zivilrechtliche Antidiskriminierungsschutz (§§ 6-18; 19-21)

g) Verfassungsrechtliches Benachteiligungsverbot aus Art. 3 III 2 GG

Der Schutz behinderter Menschen wird seit 1994 mit der Einführung des Art. 3 III 2 GG¹³ auch verfassungsrechtlich gewährleistet. Danach darf niemand

⁹ BGBl. I 2004, 606.

¹⁰ BGBl. I 2002, 1467.

¹¹ BGBl. I 2006, 1897.

¹² Bauer/Thüsing/Schunder NZA 06, 774.

¹³ BGBl. I 1994, 3146.

wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Die Erwähnung dieser Personen im Grundgesetz sollte hierbei ihre Stellung in Recht und Gesellschaft stärken. Art. 3 III 2 GG stellt im Gegensatz zu Abs. 1 ein spezielles Benachteiligungsverbot dar, nachdem eine unterschiedliche Behandlung gleicher Sachverhalte nur dann zulässig ist, wenn dies aus zwingenden Gründen erforderlich ist.¹⁴ Art. 3 III 2 GG bindet als Grundrecht zunächst einmal nur die Staatsgewalt und kann höchstens als Auslegungsmaßstab für privatrechtliche Vorschriften herangezogen werden (sog. Ausstrahlungswirkung).¹⁵

2. Wer ist "schwerbehinderter Mensch" bzw. ab wann greift der Schwerbehindertenschutz des SGB IX?

Gemäß § 2 II SGB IX sind Menschen schwerbehindert, wenn und soweit bei ihnen ein Grad der Behinderung (GdB) von mindestens 50 vorliegt und sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einen Arbeitsplatz iSd § 73 SGB IX rechtmäßig im Geltungsbereich des Gesetzes haben. Nach Absatz 3 sollen Menschen mit einem GdB von 30 bis unter 50 den schwerbehinderten gleichgestellt werden, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz nicht erlangen oder nicht behalten können. Im Folgenden gilt es daher zum einen, den Begriff der Behinderung näher auszuleuchten und zum anderen zu klären wonach sich der Grad der Behinderung bemisst.

a) Begriff der Behinderung

aa) "Neue" Definition aus § 2 I SGB IX

(1) Bedeutung

Die Legaldefinition des § 2 I SGB IX ist eine für das SGB IX wesentliche Begriffsbestimmung. Die Vorschrift grenzt mit ihren Begriffsbestimmungen nicht nur den Personenkreis ab, für den die Regelungen des SGB IX von Bedeutung sind.¹⁶ Auf dem Begriff der Behinderung bauen zudem der Zweck des Gesetzes und die wesentliche Zielsetzung der Leistung zur Teilhabe auf. Die in Abs. 1 enthaltene Definition ist nicht nur für das SGB IX und die für die Rehabilitationsträger geltenden Gesetze, sondern auch für die übrigen Teile des SGB, sowie die gesamte Rechtsordnung von Bedeutung.¹⁷

(2) Begriff des SGB IX

Gemäß § 2 I SGB IX sind Menschen behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlich-

¹⁴ Jürgens DVBl. 97, 410.

¹⁵ Dieterich in ErfK Art. 3 GG Rn 81.

¹⁶ Fuchs-SGB IX § 2 Nr 2.

¹⁷ Welti in HK-SGB IX § 2 Rn 1.

keit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Sie sind ferner von Behinderung bedroht, wenn die Beeinträchtigung zu erwarten ist. Mit dieser Definition knüpft der Gesetzgeber an den von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) entwickelten Behinderungsbegriff und die Diskussion um seine Weiterentwicklung an.¹⁸ Bei der 2001 von der WHO-Vollversammlung beschlossenen "International Classification of Functioning, Disability and Health" (ICF) ist unter Behinderung dabei die negative Wechselwirkung zwischen einer Person mit einem Gesundheitsproblem und ihren Kontextfaktoren auf ihre Funktionsfähigkeit, insbesondere die Teilhabe zu verstehen.¹⁹ Hier wird somit vornehmlich das Ziel der Teilhabe an verschiedenen Lebensbereichen in den Vordergrund gestellt und nicht mehr die Orientierung an wirklichen oder vermeintlichen Defiziten.²⁰ Die ICF wird daher als Synthese zwischen einem medizinischem Behinderungsbegriff, der alleine an persönlichen Faktoren ansetzt und einem sozialen Behinderungsbegriff, nach dem Behinderung ein im Wesentlichen gesellschaftliches Problem ist, verstanden. Die Feststellung der Behinderung und die Bemessung des Ausmaßes der Behinderungsfolgen erfolgt insoweit anhand einer Beschreibung der Interaktion zwischen dem behinderten Menschen mit bestimmten gesundheitlichen Beeinträchtigungen und seiner gesellschaftlichen Umwelt.²¹

(3) Körperliche Funktion, geistige Fähigkeit und seelische Gesundheit

Körperliche Funktionen sind nicht ausschließlich organisch, sondern umfassend zu verstehen. Zu ihnen gehören Störungen der Sinne (z.B. Seh- und Hörvermögen) und Empfindungen, nicht jedoch Beeinträchtigungen der Körperstruktur, die sich auf die Körperfunktionen nicht auswirken. Geistige Behinderung liegt vor, wenn bei körperlicher Unversehrtheit eine Fehlfunktion des Geistes vorliegt.²² Dazu gehören vor allem Einschränkungen intellektueller und kognitiver Fähigkeiten wie Wahrnehmung, Erkennen, Denken, Bewusstsein usw., aber auch die mentale Funktion, Bewegungshandlungen durchzuführen.²³ Seelisch behindert sind Menschen, die an Traumata, Wahnvorstellungen leiden, die kaum körperlich festgestellt werden können. Hierzu zählen insbesondere körperlich nicht begründbare Psychosen, Suchtkrankheiten,

¹⁸ Wagner/Kaiser, S. 3.

¹⁹ Welti in HK-SGB IX § 2 Rn 19.

²⁰ BT-Drs. 14/5074, S. 98 zu § 2.

²¹ Schorn Soziale Sicherheit 02, 128.

²² Wagner/Kaiser, S. 2.

²³ Fuchs SGB IX § 2 Nr 6.

Neurosen, Persönlichkeitsstörungen und seelischen Störungen als Folge von Krankheiten oder Verletzungen des Gehirns oder Anfallsleiden.²⁴

(4) Sechs-Monats-Grenze

Die voraussichtliche Dauer der Beeinträchtigung muss gemäß § 2 I SGB IX mindestens sechs Monate andauern. Im Hinblick der Einbeziehung der von Behinderung bedrohten Personen erfordert diese Regelung allerdings eine pragmatische Handhabung ohne langwierige Prognoseentscheidungen über die Erfolgsaussicht. Die Grenze ist gesundheitswissenschaftlich nicht begründbar und bezweckt den Ausschluss nur vorübergehender Störungen.²⁵

(5) Für das Lebensalter typischer Zustand

Das Tatbestandsmerkmal des Erfordernisses der Abweichung vom für das Lebensalter typischen Zustand bedeutet, dass Funktionsbeeinträchtigungen, die sich im Alter physiologisch entwickeln und die nach Art und Umfang für das Alter typisch sind, nicht als regelwidriger Zustand und infolgedessen nicht als Behinderung angesehen werden können.²⁶

(6) Beeinträchtigung der Teilhabe

Unter Teilhabe wird die Wechselwirkung zwischen Gesundheitsstatus, Funktions- und Strukturstatus, sowie Aktivitätsstatus einer Person und ihrer Umweltfaktoren verstanden. Diese ist in einem starken Maße auch von den Wünschen einer Person nach selbstbestimmter Daseinsentfaltung bestimmt. Die Teilhabebeeinträchtigung hat somit sowohl ein subjektives, als auch ein individuelles Element.²⁷

(7) Drohende Behinderung gemäß § 2 I 2 SGB IX

Menschen sind gemäß § 2 I 2 SGB IX von Behinderung bedroht, wenn die Beeinträchtigung zu erwarten ist. Die Beurteilung, ob eine Behinderung droht ist anhand fachlicher Kenntnisse vorzunehmen.²⁸

(8) Kritik

Das "neue" SGB IX hat zwar bei den Verbänden breite Zustimmung gefunden.²⁹ Die darin enthaltene Definition muss sich indes jedoch trotzdem einiger Kritik aussetzen: so wird der Begriff teilweise als nicht konsequent und weitgehend genug betrachtet. Der neue Behinderungsbegriff bleibe auch weiterhin einem medizinisch-somatischen Begriffsverständnis verhaftet. Alternativ wird daher beispielsweise vorgeschlagen, als Behinderung jede Verhaltensweise,

²⁴ Wagner/Kaiser, S. 2.

²⁵ Welti in HK-SGB IX § 2 Rn 26.

²⁶ BT-Drs. 10/5701, S. 9.

²⁷ Welti in HK-SGB IX § 2 Rn 27.

²⁸ BT-Drs. 14/5074, S. 98.

²⁹ Wagner/Kaiser, S. 19.

Maßnahme oder Struktur anzusehen, die Menschen aufgrund nicht vorübergehender körperlicher, geistiger, oder seelischer Beeinträchtigungen Lebens-, Entfaltungs- und Teilhabemöglichkeiten nimmt, beschränkt oder erschwert.³⁰

bb) "Alte" Definition des SchwbG

Eine erste Definition des Begriffs der Behinderung fand sich ab 1986 in § 3 I Schwerbehindertengesetz (SchwbG), welche dann später im SGB IX aufging und daher als eine Art Vorstufe zu der Definition aus § 2 SGB IX gesehen werden kann.³¹ Danach war Behinderung die "Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht; regelwidrig ist dabei der Zustand, der von dem für das Lebensalter typischen abweicht. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von sechs Monaten. Bei mehreren sich gegenseitig beeinflussenden Funktionsbeeinträchtigungen ist deren Gesamtauswirkung maßgeblich." Nach diesem sog. "Defizitmodell" orientierte sich die Feststellung der Behinderung und die Bemessung des Ausmaßes der Behinderungsfolgen als GdB ausschließlich anhand der Auswirkungen von regelwidrigen Funktionseinschränkungen³², einen Bezugspunkt der Teilhabebeeinträchtigung kennt diese Definition nicht.³³

cc) Definition des EuGH

Mit Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 11.07.2006³⁴ im Rahmen der Auslegung der Richtlinie 2000/78/EG³⁵, hat der Begriff der Behinderung auch eine durch höchste Rechtsprechung geschaffene Definition erfahren. Danach ist der Begriff der Behinderung so zu verstehen, dass er eine Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet. Ferner muss wahrscheinlich sein, dass die Einschränkung von langer Dauer ist.³⁶ Obwohl diese Definition der des SGB IX ähnlich ist, weist sie doch bei genauerem hinsehen Unterschiede auf. So wird hier zwar bspw. eine Einschränkung von langer Dauer gefordert; diese ist jedoch vorliegend nicht wie in § 2 I SGB IX auf mindestens sechs Monate eingegrenzt. Inwiefern "von langer Dauer" mehr oder weniger als sechs Monate beträgt, bleibt in der Entscheidung unklar. Im Weiteren be-

³⁰ Schorn Soziale Sicherheit 02, 128 mit Bezug auf diesen Vorschlag: BT-Drs. 14/8382.

³¹ Welti in HK-SGB IX § 2 Rn 2f.

³² Schorn Soziale Sicherheit 02, 128.

³³ Welti in HK-SGB IX § 2 Rn 3.

³⁴ EuGH, Urteil vom 11.07.2006 - C-13/05 = EuGH NZA 06, 839ff. = EuZw 06, 472ff.

³⁵ RL 2000/78/EG des Rates v. 27.11.2000 "Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf".

³⁶ EuGH, Urteil vom 11.07.2006 - C-13/05 Rn 43-45.

schränkt der EuGH die tatbestandliche Teilhabebeeinträchtigung ausschließlich auf das Berufsleben. Der Begriff der Teilhabebeeinträchtigung erfährt hier somit eine weitaus engere Auslegung, als dies im SGB IX verankert ist (hier wird die Teilhabe auf das Leben in der Gesellschaft weiter gefasst). Auch kennt die Definition des EuGH keine bestimmten Schweregrade der Behinderung, ist hier insofern weitergehend als der Begriff des SGB IX. Letztlich fehlt das Tatbestandsmerkmal der Abweichung des für das Lebensalter typischen Zustands ganz.

b) Grad der Behinderung (GdB)

Vormals "Minderung der Erwerbsfähigkeit" (MdE), beschreibt der GdB in Graden von null bis hundert in Zehnerschritten die Schwere der Behinderung (vgl. § 69 I 3 SGB IX). Bei Vorliegen mehrerer Beeinträchtigungen wird nach den Auswirkungen der Beeinträchtigungen in ihrer Gesamtheit unter Berücksichtigung ihrer wechselseitigen Beziehungen ein "Gesamt-GdB" gebildet. Grundlage für die Feststellung sind neben den gesellschaftlichen Rahmenbedingungen für eine selbstbestimmte und gleichberechtigte Teilhabe behinderter Menschen³⁷, im Wesentlichen die "Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertengesetz"(AHP, letzte Fassung von 1996).³⁸ Festgestellt wird der Grad der Behinderung gemäß § 69 I SGB IX auf Antrag bei der zuständigen Behörde ab einem GdB von mindestens 20 (§ 69 I 3 u 5 SGB IX). Die Feststellung ist indes nicht verpflichtend, eine Antragstellung jedoch für die Inanspruchnahme von Leistungen unbedingt erforderlich.³⁹

II. Beginn des Arbeitsverhältnisses schwerbehinderter Arbeitnehmer

1. Beschäftigungspflicht

a) Regel

Das Gesetz sieht zunächst in § 71 SGB IX eine Pflicht-Beschäftigungsquote für schwerbehinderte Menschen vor. Nach § 71 I 1 SGB IX sind alle privaten und öffentlichen Arbeitgeber, die im Jahresschnitt monatlich mindestens 20 Arbeitnehmer beschäftigen, verpflichtet auf mindestens 5 Prozent ihrer Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen. Hierbei sind zum einen nach Satz 2 schwerbehinderte Frauen besonders zu berücksichtigen und zum anderen gemäß § 72 SGB IX im Rahmen der Beschäftigung bestimmte

³⁷ Schorn Soziale Sicherheit 02, 128.

³⁸ Wagner/Kaiser, S. 25.

³⁹ Wagner/Kaiser, S. 24.

Gruppen schwerbehinderter Menschen in besonderem Umfang zu beschäftigen. Dies können bspw sein: Behinderte, die einer besonderen Hilfskraft bedürfen, Behinderte mit wesentlich verminderter Arbeitsleistung oder Schwerbehinderte aufgrund geistiger oder seelischer Behinderung.⁴⁰ Arbeitsplätze iSd § 71 SGB IX sind gemäß § 73 III SGB IX Stellen, auf denen Beschäftigte mindestens 18 Wochenstunden beschäftigt sind. Bei der Berechnung der Mindestzahl von Arbeitsplätzen zählen gemäß § 74 I SGB IX Stellen von Auszubildenden jedoch nicht mit.

b) Sanktion bei Nichteinhaltung der Beschäftigungsquote

Bei Nichterfüllung der Beschäftigungspflicht sieht das Gesetz in § 77 SGB IX die Entrichtung einer so genannten Ausgleichsabgabe vor. Diese beträgt je Monat und unbesetztem Pflichtplatz je nach Erfüllung der Beschäftigungspflicht monatlich zwischen 105 € und 260 €⁴¹ und ist an das Integrationsamt abzuführen⁴². Die Einnahmen hieraus sind zweckgebunden und dürfen nur zur Finanzierung der Eingliederung behinderter Menschen in das Arbeitsleben verwandt werden.⁴³ Die Ausgleichsabgabe soll so zum einen ein Ausgleich gegenüber denjenigen Arbeitgebern geschaffen werden, die einen schwerbehinderten/gleichgestellten Menschen beschäftigen und denen dadurch höhere Kosten entstehen und zum anderen ein Anreiz für Arbeitgeber sein, ihrer Beschäftigungspflicht nachzukommen.⁴⁴ Wichtig in diesem Zusammenhang ist letztlich auch, dass die Pflicht des Arbeitgebers zur Einstellung eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung gegenüber dem Staat darstellt⁴⁵ und der einzelnen Betroffene somit für sich keinen Anspruch ableiten kann⁴⁶.

2. Prüfpflicht

a) Regel

Neben der Pflicht-Beschäftigungsquote aus § 71 SGB IX sieht das Gesetz in § 81 I SGB IX eine Prüfpflicht bei Neueinstellungen vor. Danach sind Arbeitgeber verpflichtet vor einer Neueinstellung zu prüfen, ob der Arbeitsplatz von einem schwerbehinderten/ gleichgestellten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend Gemeldeten, besetzt werden kann (Satz 1). Dazu muss der Arbeitgeber frühzeitig mit dieser in Kontakt treten (Satz 2). Nach Sätzen 3 und 4 erarbeitet die Agentur für Arbeit

⁴⁰ Wagner/Kaiser, S. 31.

⁴¹ Braasch BR 01, 179.

⁴² Hansjakob, S. 45.

⁴³ Rolfs in ErfK § 77 SGB IX Rn 7.

⁴⁴ Hansjakob, S. 46.

⁴⁵ Kossens, Rn 368.

⁴⁶ Rolfs in ErfK § 81 SGB IX Rn 1.

bzw. ein Integrationsfachdienst geeignete Vermittlungsvorschläge, worüber (und über vorliegende Bewerbungen) der Betriebs- bzw. Personalrat und die Schwerbehindertenvertretung unverzüglich unterrichtet und angehört (Satz 5) werden müssen. Sofern die Agentur für Arbeit keinen geeigneten Bewerber vermitteln kann, so soll der Pflicht jedoch ausreichend Genüge getan sein.⁴⁷ Bei erfolgreicher Vermittlung kommt es uU zu einem Vorstellungsgespräch, wozu die Schwerbehindertenvertretung dabei gemäß § 95 II 3 SGB IX einen Anspruch auf Teilnahme an diesem hat.⁴⁸ Im Weiteren hat sie das Recht, entscheidungsrelevante Teile der Bewerbungsunterlagen aller Bewerber einzusehen, um so einen umfassenden Eindruck von der Eignung der schwerbehinderten und der anderen Bewerber zu erlangen⁴⁹. Letztlich sind alle Beteiligte über die Entscheidung des Arbeitgebers unter Darlegung der Gründe zu unterrichten (Satz 9). Wichtig ist abschließend, dass die Prüfpflicht iSd § 81 I SGB IX unabhängig davon besteht, ob bereits Bewerbungen von Schwerbehinderten oder Gleichgestellten vorliegen, bereits mehr als zwanzig Arbeitnehmer beschäftigt werden oder eine uU vorhandene Einstellungs-Pflichtquote bereits erfüllt ist.⁵⁰

b) Ausnahme

Für öffentliche Arbeitgeber gilt hier abweichend und erweiternd, dass sie gemäß § 82 S. 1 SGB IX per se alle frei werdenden und neu zu besetzenden Stellen der Agentur für Arbeit melden müssen. Im Falle einer Bewerbung bzw. Vorschlags iSd § 81 I 3 u 4 SGB IX eines schwerbehinderten/ gleichgestellten Menschen muss der Betreffende -sofern die fachliche Eignung nicht offensichtlich fehlt (§ 82 S. 3 SGB IX)- zum Vorstellungsgespräch eingeladen werden (Satz 2).

c) Durchblick

Die Vermittlung Schwerbehinderter/ Gleichgestellter Arbeitssuchender obliegt nach § 104 I Nr. 1 SGB IX grundsätzlich der Agentur für Arbeit. Um die Vermittlung in Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnisse zu erhöhen, wurden daneben so genannte Integrationsfachdienste eingerichtet, die sich der Vermittlung besonders betroffener schwerbehinderter/ gleichgestellter Menschen widmen soll (§§ 109ff. SGB IX).⁵¹

⁴⁷ So ua nach BAG NZA 93, 276; NJW 96, 2323.

⁴⁸ Wagner/Kaiser, S. 33.

⁴⁹ Rolfs/Paschke BB 02, 1260.

⁵⁰ Müller-Wenner/Schorn SGB IX Teil 2 § 81, Rn 4; Rolfs/Paschke BB 02, 1260.

⁵¹ Hansjakob, S. 49.

d) Sanktion bei Verstoß gegen die Prüfpflicht

Ein Verstoß gegen die Prüfpflicht kann dem Betriebsrat gemäß § 99 II Nr. 1 BetrVG analog ein Recht auf Zustimmungsverweigerung gegen die Neueinstellung des nicht behinderten Bewerbers entstehen lassen.⁵² Dieser kann die Einstellung des Nichtbehinderten dabei solange blockieren, bis das Arbeitsgericht auf Antrag des Arbeitgebers die verweigerte Zustimmung ersetzt.⁵³ Die Schwerbehindertenvertretung kann ihre Beteiligungsrechte im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren durchsetzen.⁵⁴ und letztlich stellen schuldhaftige Verstöße gegen das Gebot der unmittelbaren Unterrichtung aus § 81 I 4 u 9 SGB IX und die Erörterungspflicht aus § 81 I 7 SGB IX gemäß § 157 I Nr. 7f. SGB IX Ordnungswidrigkeiten dar.⁵⁵

3. Benachteiligungsverbot

a) Allgemein

In § 81 II 1 SGB IX findet sich mit Inkrafttreten der Norm 2001 ein allgemeines Benachteiligungsverbot für schwerbehinderte Menschen und ihnen Gleichgestellte, ähnlich dem des § 611a I BGB für geschlechtsspezifische Diskriminierungen. Danach gilt grundsätzlich, dass Arbeitgeber schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen dürfen. Nach der Begründung des Gesetzgebers soll dies zwar der Umsetzung der RL 2000/78/EG dienen.⁵⁶ Kritisiert wurde hier vor allem jedoch, dass sich das Diskriminierungsverbot aus § 81 II SGB IX ausschließlich auf Schwerbehinderte und solche die bereits beschäftigt sind, bezieht.⁵⁷ Artikel 2 I der RL 2000/78/EG verlangt ein Verbot der Benachteiligung wegen einer "Behinderung". Der EuGH hat hierzu mit Urteil vom 23.02.2006 festgestellt, dass der gemeinschaftsrechtliche Begriff der Behinderung weitergeht als der Begriff der Schwerbehinderung in §§ 2 II, 68 I SGB IX und "Die Bundesrepublik Deutschland ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie ... verletzt hat, indem sie nicht alle Rechts- und Verwaltungsvorschriften erlassen hat, die notwendig sind, um dieser Richtlinie in Bezug auf die Diskriminierung wegen ... einer Behinderung ... nachzukommen".⁵⁸ Mit Artikel 1 des im August 2006 in Kraft getretenen Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung wurde schließlich das

⁵² BAG NZA 90, 368; Düwell BB 01, 1528.

⁵³ Rolfs/Paschke BB 02, 1260f.

⁵⁴ Düwell BB 00, 2572.

⁵⁵ Schwarzbach UNI Magazin 03, 25ff.

⁵⁶ BT-Drs. 14/5074, S. 113.

⁵⁷ NZA-RR 05, 608; Thüsing/Wege NZA 06, 136f; Koppenfels-Spies AuR 04, 45.

⁵⁸ Rs. C-43/05, ABI. EU 2006, Nr. C 131, 23 = NZA 06, 553.

Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) eingeführt⁵⁹, welches somit auch einer gemeinschaftsrechtlich notwendigen Nachbesserung dient⁶⁰ und im Wesentlichen den Richtlinien text enthält⁶¹. Nach dessen § 7 I dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG aufgeführten Grundes benachteiligt werden. Gemäß § 1 AGG sind Benachteiligungen bereits "aus Gründen ... der Behinderung ... zu verhindern oder zu beseitigen". Damit stellt die Regelung ebenfalls ein Verbot der Benachteiligung von Behinderung dar⁶², ist aber ua aufgrund der Ausdehnung auf alle Beschäftigten viel weitergehend. Das Diskriminierungsverbot aus § 81 II 1 SGB IX besteht jedoch auch nach In-Kraft-Treten des AGG weiterhin fort, sodass nunmehr zwei Benachteiligungsverbote nebeneinander bestehen.⁶³

b) Ausnahmen

Ausnahmsweise sind unterschiedliche Behandlungen jedoch zulässig. So kann dies uU der Fall sein, soweit sie eine unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen, Religion, Weltanschauung oder des Alters haben (§§ 8-10 AGG). Nach § 20 AGG soll im Weiteren eine unterschiedliche Behandlung auf Grund einer Behinderung dann keine Verletzung des Benachteiligungsverbotes sein, wenn dafür ein sachlicher Grund vorliegt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die unterschiedliche Behandlung der Vermeidung von Gefahren, Verhütung von Schäden oder anderen Zwecken vergleichbarer Art dient; dem Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit Rechnung trägt bzw. besondere Vorteile gewährt und ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt (§ 20 I Nr. 1-3 AGG). Letztlich regelt § 5 AGG, dass eine unterschiedliche Behandlung ungeachtet der vorstehend erwähnten §§ 8-10, 20 AGG zulässig ist, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen einer Behinderung (oder anderer in § 1 AGG genannten Gründe) verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Diese positiven Maßnahmen werden hier vorliegend nicht nur dem Gesetzgeber zugestanden, sondern vielmehr auch Tarifvertrags- und Betriebspartnern, sowie Arbeitsvertragsparteien und Arbeitgebern.⁶⁴ Die Regelung geht damit über die Ausnahmeklauseln der Richtlinien der EG (Art. 5 RL 2000/43/EG; Art. 7 RL 2000/78/EG; Art. 2 VIII RL 2002/73/EG) hin-

⁵⁹ Düwell BB 06, 1741.

⁶⁰ Düwell BB 06, 1742.

⁶¹ Bauer/Thüsing/Schunder NZA 06, 774.

⁶² Annuß BB 06, 1629; Wisskirchen DB 06, 1492.

⁶³ Düwell BB 06, 1741. Düwell "Das AGG-Ein neuer Versuch der Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie in das Arbeitsrecht", jurisPR-ArbR 6 28/2006 Anm. 7 (www.juris-online.de).

⁶⁴ Schlachter in ErfK § 5 AGG Rn 2.

aus, welche lediglich den Mitgliedstaaten erlauben, spezifische positive Maßnahmen zu ergreifen, nicht aber diese weiter zu delegieren. Der Gesetzgeber hat Grundentscheidungen hiernach selbst zu treffen, welche Arten von Maßnahmen zulässigerweise vom Benachteiligungsverbot abweichen können. Die Argumentation mittels des Günstigkeitsprinzips stellt indes jedoch keine Rechtfertigung dar: dieses ist durch die Richtlinien zwar gestattet, positive Maßnahmen zugunsten der Angehörigen einer Gruppe stellen sich jedoch aus Sicht derjenigen Personen, die die geförderten Merkmale jeweils nicht erfüllen, stets als Benachteiligung dar. In der Folge stellt dies eine überschießende Abweichung des § 5 AGG vom Benachteiligungsverbot dar, welche im Wege einer einschränkenden Auslegung behoben werden muss. Soweit Fördermaßnahmen durch § 5 AGG zugelassen werden, hat insoweit eine Orientierung an der bereits anerkannten Rechtsprechung zu § 611a BGB zu erfolgen, wonach eine objektive Geeignetheit und Angemessenheit erforderlich ist und die Maßnahme nicht übermäßig in die Belange der von der Begünstigung ausgenommenen Personen eingreifen darf.⁶⁵

c) Fragerecht des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderteneigenschaft

Der Diskriminierungsschutz gilt vorliegend nach § 81 II 2 Nr. 1 S. 1 SGB IX aF und § 2 I Nr. 1 AGG insbesondere auch bei der Begründung eines Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnisses. Dies betrifft im Besonderen auch die Frage nach der Schwerbehinderung beim Vorstellungsgespräch durch den Arbeitgeber. Dazu ist im Folgenden zunächst auf die bisherige Rechtslage bzgl der Beurteilung des Fragerechts und im Weiteren auf eine eventuelle Neubewertung des Problems durch die Umsetzung der Gemeinschaftsrichtlinien einzugehen.

aa) Bisherige Rechtslage

Nach der bisherigen Rechtsprechung⁶⁶ bejaht das BAG ein tätigkeitsneutrales Interesse für die Frage nach dem Status der "Schwerbehinderteneigenschaft".⁶⁷ Das heißt die Frage galt als zulässig unabhängig davon, ob die Behinderung auf der die entsprechende Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft beruht, für die auszuübende Tätigkeit ohne Bedeutung ist oder nicht.⁶⁸ Begründet wird dies ua damit, dass die Interessen des Bewerbers hier zurückstehen müssten, da der Schwerbehindertenschutz "auf Dauer den Inhalt

⁶⁵ Schlachter in ErfK § 5 AGG Rn 2f.

⁶⁶ BAG in st. Rspr., NJW 2001, 1885 = NZA 01, 315; NZA 99, 584; NJW 96, 2323 = NZA 96, 371; NJW 94, 1363 = NZA 94, 407.

⁶⁷ Koppenfels-Spies AuR 04, 45.

⁶⁸ Jousen NJW 03, 2859.

der Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis präge".⁶⁹ Die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers begründet für den Arbeitgeber regelmäßig weit reichende zahlreiche gesetzliche Pflichten, die nicht selten auch kostenintensiv sind.⁷⁰

bb) Neue Rechtslage

Mit Einführung des Benachteiligungsverbotes in § 81 II SGB IX sind die Auffassungen über die Zulässigkeit der Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft geteilt. *Schaub* hält die Frage weiterhin für zulässig und zwar unabhängig ob diese tätigkeitsneutral ist oder durch die Behinderung die auszuübende Tätigkeit beeinträchtigt wird. Die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft sei "diskriminierungsneutral", der Arbeitgeber müsse also fragen können, um eine diskriminierungsfreie Einstellungsentscheidung treffen zu können.⁷¹ Nach einer anderen Auffassung ist die von *Schaub* vertretene Ansicht mit dem Diskriminierungsverbot des SGB IX und dem diesem zugrunde liegenden europäischen Recht nicht vereinbar; die Frage nach der Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung nach § 2 III SGB IX bzw. ob ein entsprechender Antrag gestellt wurde ist demzufolge unzulässig.⁷² Begründet wird dies u.a. damit, dass mit Einführung der Norm des § 81 II SGB IX der Argumentation des BAG, wonach eine gesetzliche Normierung des Diskriminierungsverbotes fehle, der Boden entzogen wurde.⁷³ Eine Ausnahme der Zulässigkeit des Fragerechts soll es nach wie vor nur dann geben, wenn und soweit bestimmte körperliche Funktionen, geistige Fähigkeiten oder die seelische Gesundheit wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die angestrebte Tätigkeit ist.⁷⁴ Während sich das BAG in aktuellen Entscheidungen zu dieser Frage nicht wieder geäußert hat bzw. äußern konnte, ist diese Ansicht in jüngster Rechtsprechung vom *LArbG Hamm*⁷⁵ insoweit bestätigt worden. Wichtig ist abschließend, dass sich an dieser Auffassung auch durch die seit Inkrafttreten des AGG in § 81 II 2 SGB IX nF vorgenommene Verweisung auf die im AGG geregelten Einzelheiten nichts zugunsten eines fragewilligen Arbeitgebers geändert hat.⁷⁶

⁶⁹ BAG AP Nr. 30 zu § 123 BGB; Koppenfels-Spies AuR 04, 45.

⁷⁰ Jousen NJW 03, 2859.

⁷¹ Schaub NZA 03, 300f.

⁷² Jousen NJW 03, 2860; Messingschlager NZA 03, 304; Thüsing/Lambrich BB 02, 1148; Rolfs/Paschke BB 02, 1261.

⁷³ Jousen NJW 03, 2860; Rolfs/Paschke BB 02, 1265; Düwell BB 01, 1529.

⁷⁴ Jousen NJW 03, 2861; Thüsing/Lambrich BB 02, 1149.

⁷⁵ LArbG Hamm, Urteil vom 19.10.2006 - 15 Sa 740/06.

⁷⁶ Tolmein Anm. zu LArbG Hamm, Urteil vom 19.10.2006 - 15 Sa 740/06; jurisPR-ArbR 18/2007 Anm. 4 (www.juris-online.de).

cc) Fazit

Die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft ist anders als bis zur Einführung des Diskriminierungsverbotes in § 81 II SGB IX im Grundsatz als nicht mehr zulässig anzusehen. Fragt der Arbeitgeber dies dennoch, kann der Bewerber die Frage bewusst wahrheitswidrig beantworten (sog. "Recht zur Lüge"⁷⁷). Dem Arbeitgeber erwächst hieraus dann kein Anfechtungsrecht des Arbeitsvertrages gemäß § 123 BGB.⁷⁸ Problematisch könnte in der Folge sein, dass Arbeitgeber nicht mehr wissen, ob und wie viele Schwerbehinderte in ihren Betrieben beschäftigt werden. Unter Umständen blieben sie verpflichtet die gesetzlich vorgeschriebene Ausgleichsabgabe zu entrichten obwohl sie rein tatsächlich die Beschäftigungsquote erfüllen. Aus Gründen der vertrauensvollen Zusammenwirkungspflicht von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wäre es denkbar, dass der betreffende Arbeitnehmer als verpflichtet angesehen würde, die anerkannte Schwerbehinderteneigenschaft dem Arbeitgeber zu offenbaren, ab Platzgreifen des besonderen Kündigungsschutz für Schwerbehinderte nach sechs Monaten (§ 90 I Nr. 1 SGB IX).

d) Sanktion bei Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

Klarstellend ist zunächst einmal festzustellen, dass ein Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungs- bzw. Berufsausbildungsverhältnisses oder einen beruflichen Aufstieg im Grundsatz nach wie vor nicht besteht; Ausnahmen sollen hier nur gelten, sofern sich dies aus einem anderen Rechtsgrund ergibt (siehe § 81 II 2 Nr. 2 aF, § 15 VI AGG)⁷⁹. Bei Benachteiligung eines Einstellungsbewerbers sah bereits § 81 II 2 Nr. 2, 5 SGB IX aF eine angemessene Entschädigung in Geld vor. Durch die Neuregelung in § 15 VI SGB IX, auf die § 81 II 2 SGB IX nunmehr verweist, wurde diese Regelung im Wesentlichen übernommen. Danach hat der Arbeitgeber, sofern kein Anspruch auf Einstellung oder Beförderung besteht, gemäß § 15 I 2 AGG, § 280 BGB Ersatz des Vermögensschadens in Geld zu leisten, soweit er die zu benachteiligende Handlung oder Unterlassung zu vertreten hat. Zu beachten ist, dass er hierbei nach § 278 BGB auch für die mit der Personalauswahl betrauten Personen haftet.⁸⁰ Der Anspruch besteht letztlich nur, sofern der Verletzte geltend machen kann, er wäre bei benachteiligungsfreier Auswahl eingestellt

⁷⁷ Unter Verwendung des Begriffes ua BAG DB 61, 1523; Däubler CR 94, 104; Wohlgemuth AuR 92, 49.

⁷⁸ Jousen NJW 03, 2861.

⁷⁹ Zum Einstellungsanspruch im öffentlichen Dienstrecht siehe Düwell BB 06, 1744; VG Düsseldorf, Urteil vom 6.5.2005 - 2 K 4552/03; BAG BB 05, 2584.

⁸⁰ Düwell BB 06, 1744.

oder befördert worden.⁸¹ Soweit dem Anspruchsteller der dem allgemeinen Schadensersatzrecht obliegende Nachweis nicht gelingt bzw. dem Arbeitgeber gelingt der Nachweis des Nichtvertretens, kommt als verschuldensunabhängige Sanktion für die Verletzung des Benachteiligungsverbotens zusätzlich der in § 15 II AGG geregelte Entschädigungsanspruch in Betracht.⁸² Dieser gewährt dem Geschädigten eine angemessene Entschädigung in Geld für die erlittenen immateriellen Schäden.⁸³ Diese Entschädigung darf gemäß § 15 II 2 AGG drei Monatsgehälter nicht übersteigen und muss ebenfalls wie der Anspruch des Vermögensschadens nach § 15 IV 1 AGG innerhalb einer Zwei-Monatsfrist schriftlich gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht werden. Der Arbeitnehmer hat nach § 22 AGG dabei die "Hilfstatsachen", die eine Benachteiligung vermuten lassen, darzulegen und ggf. unter Beweis zu stellen. Ist das Gericht von den Tatsachen überzeugt, welche eine Vermutung der Benachteiligung rechtfertigen, kehrt sich die Beweislast um und der Arbeitgeber muss darlegen und beweisen, dass eben kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung bestanden hat.⁸⁴

III. Ende des Arbeitsverhältnisses schwerbehinderter Arbeitnehmer

Für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses Schwerbehinderter gelten zunächst einmal -wie für jeden anderen Arbeitnehmer auch- die allgemeinen zivil- und arbeitsrechtlichen Vorschriften.⁸⁵ Danach bedarf ua die Kündigung beider Arbeitsvertragsparteien der Schriftform (§ 623 BGB) und nach § 102 BetrVG ist der Betriebsrat entsprechend zu beteiligen. Dieser muss vorher angehört werden und hat uU ein Widerspruchsrecht gegen die drohende Kündigung. Darüber hinaus gibt es jedoch eine Reihe von Schutzvorschriften wie das Kündigungsschutzgesetz oder diesbezügliche Regelungen des SGB IX die bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines Schwerbehinderten Anwendung finden. Deren Inhalt ist Teil der folgenden Darstellung.

1. Kündigung durch den Arbeitgeber

a) Ordentliche Kündigung

aa) Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG)

Der Kündigungsschutz des KSchG findet auch für schwerbehinderte Arbeit-

⁸¹ Wisskirchen DB 06, 1499.

⁸² Düwell BB 06, 1744.

⁸³ BT-Drs. 16/1780, S. 38.

⁸⁴ Düwell BB 06, 1744.

⁸⁵ Wagner/Kaiser, S. 57.

nehmer uU voll Anwendung.⁸⁶ Voraussetzung hierfür ist zum einen gemäß dessen § 1 I, dass das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestand und zum anderen, dass der Betrieb in der Regel mindestens fünf Arbeitnehmer beschäftigt. Hierbei sind Auszubildende nicht mitzuzählen (§ 23 I 2 KSchG). Fallen Arbeitnehmer schließlich unter den Schutz des Gesetzes, sind nach § 1 I Kündigungen rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt sind. Nach Abs. 2 ist neben einer Reihe weiterer Gründe die Kündigung vor allem dann sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht aus personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Gründen erfolgt ist, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen. Für Schwerbehinderte gilt gemäß Abs. 3 ergänzend, dass die Kündigung aufgrund betriebsbedingter Gründe ebenfalls sozial ungerechtfertigt ist, soweit der Arbeitgeber die Schwerbehinderung bei der Auswahl des Arbeitnehmers nicht ausreichend berücksichtigt hat (sog. Sozialauswahl). Nach überwiegender Ansicht⁸⁷ müssen schwerbehinderte Arbeitnehmer jedoch erst gar nicht in die Sozialauswahl einbezogen werden, da sie ohne Zustimmung des Integrationsamtes ohnehin nicht gekündigt werden können und nach allgemeinen Grundsätzen schon aufgrund des bestehenden Sonderkündigungsschutzes aus §§ 85ff. SGB IX mit anderen Arbeitnehmern nicht vergleichbar sind. Schwerbehinderte Arbeitnehmer werden somit häufig aus der Sozialauswahl herausfallen; auf die Berücksichtigung der Schwerbehinderung als soziales Kriterium iSd § 1 III KSchG kommt es dann nicht mehr an.⁸⁸

bb) Sozialgesetzbuch IX (SGB IX)

Der besondere Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer des SGB IX ergibt sich vorliegend aus den §§ 85 - 92 SGB IX, die seit dem 1.5.04 in dieser Form gelten.

(1) Personaler Anwendungsbereich

Der besondere Kündigungsschutz des SGB IX gilt grundsätzlich für alle Arbeitnehmer und Auszubildenden, die schwerbehindert iSd § 2 SGB IX sind sowie für entsprechend Gleichgestellte.⁸⁹ Ausnahmsweise finden die Vorschriften ua keine Anwendung, wenn das Arbeitsverhältnis -wie im KSchG- zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ohne Unterbrechung noch nicht länger als sechs Monate besteht, die schwerbehinderten Arbeit-

⁸⁶ Wagner/Kaiser, S. 57.

⁸⁷ Siehe nur Bauer/Krieger, S. 127 Rn 15.

⁸⁸ Bauer/Powietzka NZA-RR 04, 510.

⁸⁹ Wagner/Kaiser, S. 58.

nehmer auf Stellen iSd § 73 II Nr. 2-5 SGB IX (das betrifft Personen, deren Beschäftigung nicht vorrangig dem Erwerb dient) beschäftigt sind oder deren Arbeitsverhältnis durch Kündigung beendet wird, sofern sie das 58. Lebensjahr vollendet haben und Anspruch auf eine Abfindung oä auf Grund eines Sozialplanes haben (§ 90 I Nr. 1-3 SGB IX).

Die Schwerbehinderung muss ferner zum Zeitpunkt der Kündigung bereits nachgewiesen sein.⁹⁰ Der besondere Kündigungsschutz des SGB IX kann jedoch ausnahmsweise auch dann Anwendung finden, wenn die Schwerbehinderung noch nicht festgestellt worden ist (§ 90 II a SGB IX); Das ist dann der Fall, wenn das Versorgungsamt nach Fristablauf des § 69 I 2 SGB IX eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte. Dies soll selbst dann gelten, wenn die Feststellung der Schwerbehinderung später abgelehnt wird, diese also noch nicht rechtskräftig geworden ist.⁹¹ Nach einer neueren Entscheidung⁹² des BAG muss der Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung gestellt worden sein. Einzelheiten zu der Regelung des § 90 II a SGB IX sind indes bislang jedoch noch in nicht unerheblichem Maße klärungsbedürftig.⁹³

(2) Konfliktprävention

Nach § 84 SGB IX wird der Arbeitgeber verpflichtet, bei Gefahr der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, frühzeitig Maßnahmen zu ergreifen um Kündigungen zu vermeiden. Sobald personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Schwierigkeiten auftreten, sind daher sofort die Schwerbehindertenvertretung, das Integrationsamt, sowie die in § 93 SGB IX genannten Vertretungen⁹⁴ zu unterrichten. Mit ihnen hat der Arbeitgeber zu beraten wie das gestörte Verhältnis verbessert werden kann und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann.⁹⁵ Die Vorschrift, die überdies nur auf ordentliche Kündigungen anwendbar ist⁹⁶, stellt sich in der Praxis eher als zahloser Tiger dar⁹⁷, da Sanktionsmöglichkeiten

⁹⁰ Dies erfolgt gegenüber dem Arbeitgeber mittels des Schwerbehindertenausweises oder des Feststellungsbescheides, Bauer/Powietzka NZA-RR 04, 507; Cramer NZA 04, 704; BT-Drs. 15/2357, S. 24.

⁹¹ VG Oldenburg, Urteil vom 16.02.2007 - 13 A 2793/05.

⁹² BAG, Urteil vom 1.3.2007 - 2 AZR 217/06.

⁹³ Siehe ua Griebeling NZA 05, 494ff.; Bauer/Powietzka NZA-RR 04, 505ff.

⁹⁴ Das sind gemäß § 93 SGB IX Betriebs-, Personal-, Richter-, Staatsanwalts- und Präsidialrat.

⁹⁵ Wagner/Kaiser, 60.

⁹⁶ Kossens, Rn 444.

⁹⁷ So sinngemäß auch Hansjakob, S. 48f.

bislang gesetzlich nicht geregelt sind. So kommt es zum einen mangels Verweisung nicht zu einer Aussetzung der beabsichtigten Maßnahme iSd § 95 II SGB IX⁹⁸ und zum anderen eine ausgesprochene ordentliche Kündigung nicht deshalb unwirksam wird.⁹⁹

(3) Vorrang der Rehabilitation

Gemäß § 8 II SGB IX sind zudem bei Auftreten von gesundheitlichen Beeinträchtigungen zunächst alle Maßnahmen der Rehabilitation anzuwenden, die Erfolg versprechend sein könnten. So soll einer drohenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses entgegengewirkt werden.¹⁰⁰

(4) Zustimmung Integrationsamt

Die Kündigung einer Person, die unter den Kündigungsschutz der §§ 85 ff. SGB IX fällt, bedarf der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes (§ 85 SGB IX), welche durch den kündigungswilligen Arbeitgeber beim zuständigen Integrationsamt schriftlich beantragt werden muss (§ 87 I 1 SGB IX). Die Entscheidung über die Kündigung fällt die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen (§ 89 SGB IX). Sie hat hier im Wesentlichen zu prüfen, ob die Kündigung den Schwerbehinderten besonders hart trifft.¹⁰¹ Dabei ist abzuwägen zwischen dem Schutz des Betroffenen seinen Arbeitsplatz zu erhalten, und den Interessen des Arbeitgebers, die vorhandenen Arbeitsplätze wirtschaftlich zu nutzen und den Betrieb nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zu leiten.¹⁰² Dazu holt das Integrationsamt ua gemäß § 87 II SGB IX vom Betriebs- oder Personalrat und der Schwerbehindertenvertretung entsprechende Stellungnahmen ein und hört den schwerbehinderten Menschen an. Die Entscheidung über die Kündigung soll nach § 88 I SGB IX binnen Monatsfrist ab Antragstellung getroffen werden. Bleibt das Integrationsamt dagegen jedoch untätig, gilt die Zustimmung nicht als erteilt; der Arbeitgeber muss stattdessen eine Untätigkeitsklage bzw. Amtspflichtverletzungsklage beim Verwaltungsgericht anstrengen.¹⁰³ Ist eine Zustimmung indes jedoch schließlich erfolgt, so ist die Kündigung gemäß § 88 III SGB IX, abermals binnen Monatsfrist ab Zustellung, dem schwerbehinderten/ gleichgestellten Arbeitnehmer zu erklären.¹⁰⁴ Verstößt der Arbeitgeber gegen die Zustimmungspflicht aus § 85 SGB IX -d.h., kündigt er ohne die erforderliche Zustimmung-,

⁹⁸ Wagner/Kaiser, S. 60; Weyand/Schubert, Rn 279.

⁹⁹ Rolfs in ErfK § 84 SGB IX Rn 1.

¹⁰⁰ Hansjakob, S. 49.

¹⁰¹ BVerwGE 29, 140; 48, 264ff.

¹⁰² Rolfs in ErfK § 89 SGB IX Rn 1.

¹⁰³ Wagner/Kaiser, S. 64f.

¹⁰⁴ Wollenschläger, Rn 452.

so kann der Arbeitnehmer dies gemäß § 4 S. 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Kündigungszugang gerichtlich geltendmachen und Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung beantragen.¹⁰⁵ Diese Regelung erfasst mit Ausnahme des Schriftformerfordernisses nach § 623 BGB alle Unwirksamkeitsgründe der Kündigung.¹⁰⁶

(5) Information und Anhörung Schwerbehindertenvertretung

Noch vor Zuleitung der Kündigung an das Integrationsamt und Anhörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG ist zusätzlich gemäß § 95 II 1 SGB IX die Schwerbehindertenvertretung vom Arbeitgeber über den Sachverhalt zu informieren und anzuhören. Die Informationspflicht umfasst hierbei die Nennung der Kündigungsgründe und die Darlegung, dass es an einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit an anderer Stelle mangelt. Verstößt der Arbeitgeber gegen die Informations- und Anhörungspflicht oder informiert er nicht ausreichend über die Kündigungsgründe, so ist die Kündigung deshalb nicht unwirksam, sondern nach § 95 II 2 SGB IX auszusetzen. Die Beteiligung ist dann innerhalb von sieben Tagen nachzuholen. Die Missachtung der Vorschrift aus § 95 II 1 SGB IX ist zudem gemäß § 156 I Nr. 9 SGB IX bußgeldbewehrt und kann mit bis zu 10 T€ geahndet werden.¹⁰⁷

cc) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Gemäß § 2 IV AGG gelten für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz. Das AGG ist insoweit hier nicht anwendbar.¹⁰⁸ Jedoch sind Kündigungen, die allein wegen eines in § 1 AGG genannten Benachteiligungsgrundes ausgesprochen werden, auch nach dem KSchG bzw. außerhalb dessen Geltungsbereichs nach § 242 BGB unwirksam.¹⁰⁹

b) Außerordentliche Kündigung

Zunächst einmal müssen für eine außerordentliche Kündigung die Voraussetzungen des § 626 BGB vorliegen.¹¹⁰ Danach kann das Dienstverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen

¹⁰⁵ BT-Drs. 15/1204, unter A.1.4. und unter B. zu Art. 1 Nr. 3.

¹⁰⁶ Bauer/Powietzka NZA-RR 04, 513; Griebeling NZA 05, 503.

¹⁰⁷ So Wagner/Kaiser, S. 61; Weyand/Schubert, Rn 280ff.

¹⁰⁸ Bauer/Thüsing/Schunder NZA 06, 774.

¹⁰⁹ Einzelheiten umstritten, so ua: Bauer/Thüsing/Schunder NZA 06, 776; BAG NZA 94, 1080.

¹¹⁰ Weyand/Schubert, Rn 278.

beider Vertragsteile eine Fortführung des Arbeits- bzw. Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Im Weiteren findet auch die Regel des § 85 SGB IX, wonach die Kündigung der Zustimmung des Integrationsamtes bedarf, nach § 91 I SGB IX bei außerordentlichen Kündigungen durch den Arbeitgeber Anwendung.¹¹¹ Nach § 91 IV SGB IX hat soll die Zustimmung erteilt werden, wenn und soweit der Kündigungsgrund nicht in Zusammenhang mit der Behinderung steht, wie das beispielsweise regelmäßig bei Straftaten des schwerbehinderten Arbeitnehmers der Fall ist.¹¹² Zu versagen ist die Zustimmung dagegen, wenn die beabsichtigte Kündigung für den Arbeitnehmer eine unzumutbare Härte darstellt¹¹³ bzw. arbeitsrechtlich offensichtlich unzulässig wäre.¹¹⁴ Die Zustimmung hat indes innerhalb von zwei Wochen zu erfolgen; wird eine Entscheidung innerhalb der Frist nicht getroffen, so gilt sie als erteilt (§ 91 III SGB IX). Danach hat der Arbeitgeber die Kündigung unverzüglich auszusprechen (§ 91 V SGB IX).¹¹⁵

2. Kündigung durch den Arbeitnehmer

Zunächst bedarf auch die Kündigung eines Arbeitnehmers gemäß § 623 BGB der Schriftform. Bei einer "Eigenkündigung" greift jedoch der besondere Schwerbehindertenschutz nicht; der schwerbehinderte Arbeitnehmer würde quasi auf den besonderen Kündigungsschutz "verzichten". Eine Zustimmung des Integrationsamtes ist in diesem Fall dann nicht erforderlich.¹¹⁶ Kündigt der Schwerbehinderte außerordentlich, so müssen jedoch trotzdem die Voraussetzungen des § 626 BGB der fristlosen Kündigung gegeben sein.¹¹⁷

3. Sonstige Beendigungsgründe

Das Arbeitsverhältnis kann jedoch auch aus anderen Gründen als einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung durch beide Vertragsparteien beendet werden. Dies betrifft vor allem die Fälle, bei denen das Arbeitsverhältnis auf Grund einer Befristung ausläuft oder beim Abschluss eines Aufhebungsvertrages das Arbeitsverhältnis in gegenseitigem Einvernehmen beendet wird. Eine Zustimmung des Integrationsamtes ist in diesen Fällen nicht erforderlich, die Kündigungsschutzbestimmungen nicht anwendbar.¹¹⁸

¹¹¹ Hansjakob, S. 47.

¹¹² BVerwG, EzA § 21 SchwbG 1986 Nr. 4; Wollenschläger, Rn 452.

¹¹³ Schaub, ArbR-HdB § 179 Rn 26.

¹¹⁴ Schaub, ArbR-HdB § 179 Rn 14f.

¹¹⁵ Wollenschläger, Rn 452.

¹¹⁶ Wagner/Kaiser, S. 62f.

¹¹⁷ Weyand/Schubert, Rn 278.

¹¹⁸ Weyand/Schubert, Rn 307.

Ausnahmsweise bedarf auch ohne Kündigung eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Zustimmung des Integrationsamtes, wenn und soweit diese gemäß § 92 SGB IX auf Grund einer teil- oder zeitweisen Erwerbsminderung bzw. Berufsunfähigkeit erfolgt ist (sog. Erweiterter Beendigungsschutz).¹¹⁹ In diesen Fällen wird dem Umstand Rechnung getragen, dass gerade schwerbehinderte/ gleichgestellte Arbeitnehmer häufig mit gesundheitlichen Problemen belastet sind und dadurch nicht selten das Arbeitsverhältnis wegen der damit verbundenen verminderten Leistungsfähigkeit beendet wird.¹²⁰

C. Fazit

Wie die vorliegende Arbeit zeigt, gibt es zahlreiche Bestimmungen, die schwerbehinderten Menschen einen besonderen Schutz im Arbeitsleben gewährleisten. Dieses bestehende Geflecht aus Schutznormen ist jedoch für einen arbeitsrechtlichen Praktiker, der häufig nur am Rande mit dem Schwerbehindertenrecht in Berührung kommt, nur sehr schwer durchschaubar und macht eine korrekte Anwendung schwierig. Es erscheint daher mehr als zweifelhaft ob schwerbehinderten Menschen mit diesen zahlreichen Schutzbestimmungen wirklich geholfen wird. Vielmehr ist zu befürchten und in der Praxis auch bereits zu beobachten, dass Arbeitgeber von der Einstellung Schwerbehinderter absehen und dabei lieber die Ausgleichsabgabe nach § 77 SGB IX in Kauf nehmen.¹²¹ Schwerbehinderte und behinderte Menschen im Allgemeinen sind zwar aus Gründen der Ermöglichung der Teilhabe in besonderem Maße schützenswert und der Staat bzw. die Gesellschaft darf sich hier ihrer Verantwortung auch nicht entziehen. Dabei muss jedoch stets ein Ausgleich angestrebt werden, der nicht nur Betroffenen in besonderem Maße gerecht wird, sondern vielmehr auch die Selbstbestimmungsfreiheit eines jeden Einzelnen (hier vorliegend eines Arbeitgebers) berücksichtigt. Arbeitgeber/ Unternehmer erfahren jedoch auf Grund der vorhandenen Regelungen immer stärkere Einschränkungen ihrer natürlichen unternehmerischen Entscheidungsfreiheit. Richtiger Ansatzpunkt wäre beispielsweise die Beschäftigung eines Schwerbehinderten attraktiver zu machen, anstatt gesetzliche Pflichten zu begründen und diese bei Verstößen mit entsprechenden Sanktionen zu belegen.

¹¹⁹ Wagner/Kaiser, S. 63.

¹²⁰ Hansjakob, S. 48.

¹²¹ Bauer/Powietzka NZA-RR 04, 505.