

## **A Konsequenzen der Änderungen nach dem SGB IX im Arbeitsverhältnis eines schwerbehinderten Menschen**

**BALDERS / LEPPING**, Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach dem SGB IX, NZA Heft 15/2005 S. 854 - 857

**BÖHM**, Arbeitsrechtliche Auswirkungen der neuen Nachweispflicht im Schwerbehindertenrecht, ArbRB Heft 12/2004 S. 377 – 379

**BRAUN**, Der Entschädigungsanspruch schwerbehinderter Beschäftigter gemäß § 81 SGB IX, FA Heft 2/2005 S.36 - 39

**ROSE**, Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs.2 SGB IX als eine neue Wirksamkeitsvoraussetzung für die krankheitsbedingte Kündigung ?, DB Heft 7/2005 S. 390 – 394

**DÜWELL**, Der Kündigungsschutz schwerbehinderter Beschäftigter nach der Novelle vom 23.4.2004, BB Heft 51/52 / 2004 S. 2811 – 2814

**GRIEBELING**, Neues im Sonderkündigungsschutz schwerbehinderter Menschen, NZA Heft 9/2005 S. 494 - 503

**GRIMM / BROCK / WINDELN**, Einschränkung des besonderen Kündigungsschutzes für Schwerbehinderte im SGB IX – Offene Rechtsfragen und Widersprüche des neu eingefügten § 90 Abs.2a SGB IX, DB Heft 9/2005 S.282 – 286

**NAMENDORF / NATZEL**, Betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs.2 SGB IX und seine arbeitsrechtlichen Implikationen, DB 2005 Heft 33 S. 1794 - 1798

**ROLFS / BARG**, Kein Sonderkündigungsschutz bei fehlendem Nachweis der Schwerbehinderung – der neue § 90 Abs.2a SGB IX,, BB Heft 31/2005 S.1678 - 1682

**STRIEGEL**, Schweigen ist Gold ? – Der Kündigungsschutz des abbrechen gem. § 85, § 90 Abs.2 a SGB IX, FA Heft 1 1005 S.12 – 14

wesentliche **Entscheidung des BAG**

**BAG** vom 15.02.2005 – 9 AZR 635/03 – in DB 2005 Heft 33 S. 1802 – 1804 (Schadensersatz bei Diskriminierung wegen Schwerbehinderung)

## **I Ausgangslage vor der Novellierung**

Bis zum 01.05. 2004 gab es im Rahmen von § 85 Sozialgesetzbuch IX gerade in den Fällen, in denen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen nicht offensichtlich schwerbehinderte Menschen waren bzw. deren Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung nicht schon per Bescheid nachgewiesen werden konnte, durchaus ohne größere Schwierigkeiten, die Möglichkeit, sich auf den Schutz des schwerbehinderten Menschen gegen die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber berufen zu können.

Es waren hier grundsätzlich zumindest drei Fallvarianten zu unterscheiden:

1. Antragsverfahren lief im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung
2. Antrag auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen war bereits gestellt, aber noch nicht darüber entschieden
3. Widerspruchsverfahren oder Klageverfahren waren angestrengt gegen eine ablehnende Entscheidung bezüglich der Feststellung der Schwerbehinderung oder der Gleichstellung

In diesen Fallvarianten war es völlig ausreichend für den Arbeitnehmer, wenn innerhalb eines Monats dem Arbeitgeber gegenüber angezeigt wurde, dass entsprechende Antrags-, Widerspruchs- oder Klageverfahren im Bereich der Anerkennung als Schwerbehinderter bzw. Gleichgestellter eingeleitet worden sind (vgl. u. a. BAG vom 23.2.1978 - 2 AZR 462/76 - in Der Betrieb 1978 S. 1227).

Als taktische Möglichkeit, insbesondere fristlose Kündigungen auszuhebeln, hat sich im Rahmen der Vorberatung bei zu erwartender fristloser Kündigung - und nicht nur dort – nach entsprechenden Erhebungen offenbar breit gemacht, den potenziell von Kündigungen bedrohten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern den Rat zu erteilen zur sofortigen Stellung eines Antrages auf Anerkennung als Schwerbehinderter und gleichzeitig bezüglich derjenigen Personen, die bereits über einen 30-prozentigen oder 40-prozentigen Grad der Behinderung verfügten, einen Antrag bei der Bundesanstalt für Arbeit, der heutigen Bundesagentur für Arbeit, auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen einzureichen. Wenn nun der Arbeitgeber die Kündigung ausgesprochen hat, genügte der einfache Hinweis darauf, dass solche Antragsverfahren eingeleitet worden sind, um die

Rechtsfolge von § 134 BGB auszulösen, dass mangels Beteiligung des Integrationsamtes und der entsprechenden vorherigen Zustimmung gem. § 85 SGB IX die zugegangene Kündigungserklärung nichtig ist. Diese Rechtsfolge war natürlich nur dann zu erwarten, wenn objektiv eine Schwerbehinderung gegeben war. Um die zweiwöchige Erklärungsfrist für eine fristlose Kündigung nach § 626 Abs. 2 BGB bzw. entsprechenden Bestimmungen in anderen Gesetzen zu wahren, war damit dem Arbeitgeber der Weg zu einer wirksamen fristlosen Trennung versperrt.

In diesen Fällen empfahl es sich dann auch, solange wie möglich dem Arbeitgeber gegenüber die Stellung entsprechender Anträge zu verheimlichen, damit dieser aufgrund seiner Unkenntnis ohne die vorherige Einschaltung des Integrationsamtes die Kündigungserklärung auf den Weg bringen würde. Daraus ergab sich in aller Regel ein doppelter Vorteil für den Arbeitnehmer. Zum einen war die erste Kündigung wegen Nichtbeachtung von § 85 SGB IX nach § 134 BGB nichtig. Zum anderen haben eine Reihe von Arbeitsgerichten nach § 148 ZPO die Kündigungsschutzverfahren, in deren Verlauf meistens eine zweite Kündigung nach Vorliegen der Zustimmung des Integrationsamtes ausgesprochen worden war, für die Zeitspanne des Widerspruchsverfahrens bzw. der sich hieran anschließenden Klageverfahrens ausgesetzt. Dies führte zu einer erheblichen wirtschaftlichen Belastung der Arbeitgeberseite im Hinblick auf mangelnde Planbarkeit, was gerade bei taktisch gestellten Anträgen, sicherlich nicht dem ursprünglichen Sinn der Einführung des Schutzes des schwerbehinderten Menschen entsprach.

Vor dem Hintergrund dieser teilweise nur taktischen Erwägungen kam es zur Gesetzgebungsnovelle durch das **Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 23.4.2004, in Kraft getreten am 01.05. 2004** (BGBl 2004 Teil I S. 606). Es sollte hiermit verhindert werden, dass Arbeitnehmer nur zum Erhalt ihres Arbeitsverhältnisses völlig aussichtslose Anträge auf Anerkennung

als Schwerbehinderter bei den Integrationsämtern bzw. eben solch erfolglose Anträge auf Gleichstellung bei der Bundesagentur für Arbeit auf den Weg bringen.

Der Weg ging also weg vom objektiven Vorliegen der Schwerbehinderung hin zur Voraussetzung des Vorliegens einer Feststellung der Schwerbehinderung bzw. der Gleichstellung.

## II Veränderung bei Einstellung

Zunächst hat sich bei der Einstellung keine Änderung ergeben durch die Novellierung. Aufgrund der bereits aus dem früheren SchwbG bekannten Regelung in § 90 Abs.1 Ziff.1 SGB IX ist der Arbeitgeber in den ersten 6 Monaten der Beschäftigung nicht durch das Vorliegen einer Schwerbehinderung (d.h. mindestens 50 % GdB oder Gleichstellung) durch die zusätzliche Pflicht, die Zustimmung des Integrationsamtes im Vorfeld einholen zu müssen, eingeschränkt, sich unter Beachtung der sonstigen gesetzlichen Vorschriften (u.a. gesetzliche / tarifliche / arbeitsvertragliche Kündigungsfristen; Beteiligung des Betriebsrates) von dem Mitarbeiter wieder trennen zu können. Es liegt also vordergründig kein Unterschied vor zu einem Arbeitsverhältnis mit einem nicht behinderten Menschen.

### Schadensersatzpflicht wegen Benachteiligung bei der Auswahl

Unangenehm kann aber eine in der Praxis bislang erfreulicher Weise noch nicht so häufig herangezogene Bestimmung des § 81 SGB IX werden, die die Benachteiligung eines schwerbehinderten Menschen bei der Einstellungsentscheidung quasi unter Strafe stellt durch Gewährung eines Entschädigungsanspruches:

§ 81 SGB IX		Pflichten des Arbeitgebers und Rechte schwerbehinderter Menschen	
(1)	Die Arbeitgeber sind verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen, besetzt werden können. Sie nehmen frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit auf. Die Bundesagentur für Arbeit oder ein Integrationsfachdienst schlägt den Arbeitgebern geeignete schwerbehinderte Menschen vor. Über die Vermittlungsvorschläge und vorliegende Bewerbungen von schwerbehinderten Menschen haben die Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung und die in § 93 genannten Vertretungen unmittelbar nach Eingang zu unterrichten. Bei Bewerbungen schwerbehinderter Richter und Richterinnen wird der Präsidialrat unterrichtet und gehört, soweit dieser an der Ernennung zu beteiligen ist. Bei der Prüfung nach Satz 1 beteiligen die Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 2 und hören die in § 93 genannten Vertretungen an. Erfüllt der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht nicht und ist die Schwerbehindertenvertretung oder eine in § 93 genannte Vertretung mit der beabsichtigten Entscheidung des Arbeitgebers nicht einverstanden, ist diese unter Darlegung der Gründe mit ihnen zu erörtern. Dabei wird der betroffene schwerbehinderte Mensch angehört. Alle Beteiligten sind vom Arbeitgeber über die getroffene Entscheidung unter Darlegung der Gründe unverzüglich zu unterrichten. Bei Bewerbungen schwerbehinderter Menschen ist die Schwerbehindertenvertretung nicht zu beteiligen, wenn der schwerbehinderte Mensch die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ausdrücklich ablehnt.		
(2)	Arbeitgeber dürfen schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen. Im Einzelnen gilt hierzu Folgendes:		
1.	Ein schwerbehinderter Beschäftigter darf bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme, insbesondere bei der Begründung des Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei einer Weisung oder einer Kündigung, nicht wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Eine unterschiedliche Behandlung wegen der Behinderung ist jedoch zulässig, soweit eine Vereinbarung oder eine Maßnahme die Art der von dem schwerbehinderten Beschäftigten auszuübenden Tätigkeit zum Gegenstand hat und eine bestimmte körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für diese Tätigkeit ist. Macht im Streitfall der schwerbehinderte Beschäftigte Tatsachen glaubhaft, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass nicht auf die Behinderung bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder eine bestimmte körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für diese Tätigkeit ist.		
2.	Wird gegen das in Nummer 1 geregelte Benachteiligungsverbot bei der Begründung eines Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisses verstoßen, kann der hierdurch benachteiligte schwerbehinderte Bewerber eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen; ein Anspruch auf Begründung eines Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisses besteht nicht.		

3. Wäre der schwerbehinderte Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden, leistet der Arbeitgeber eine angemessene Entschädigung in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten. Als Monatsverdienst gilt, was dem schwerbehinderten Bewerber bei regelmäßiger Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis hätte begründet werden sollen, an Geld- und Sachbezügen zugestanden hätte.
4. Ein Anspruch auf Entschädigung nach den Nummern 2 und 3 muss innerhalb von zwei Monaten nach Zugang der Ablehnung der Bewerbung schriftlich geltend gemacht werden.
5. Die Regelungen über die angemessene Entschädigung gelten beim beruflichen Aufstieg entsprechend, wenn auf den Aufstieg kein Anspruch besteht.
- (3) Die Arbeitgeber stellen durch geeignete Maßnahmen sicher, dass in ihren Betrieben und Dienststellen wenigstens die vorgeschriebene Zahl schwerbehinderter Menschen eine möglichst dauerhafte behinderungsgerechte Beschäftigung finden kann. Absatz 4 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.
- (4) Die schwerbehinderten Menschen haben gegenüber ihren Arbeitgebern Anspruch auf
1. Beschäftigung, bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können,
  2. bevorzugte Berücksichtigung bei innerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung zur Förderung ihres beruflichen Fortkommens,
  3. Erleichterungen im zumutbaren Umfang zur Teilnahme an außerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung,
  4. behinderungsgerechte Einrichtung und Unterhaltung der Arbeitsstätten einschließlich der Betriebsanlagen, Maschinen und Geräte sowie der Gestaltung der Arbeitsplätze, des Arbeitsumfeldes, der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeit, unter besonderer Berücksichtigung der Unfallgefahr,
  5. Ausstattung ihres Arbeitsplatzes mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen
- unter Berücksichtigung der Behinderung und ihrer Auswirkungen auf die Beschäftigung. Bei der Durchführung der Maßnahmen nach den Nummern 1, 4 und 5 unterstützt die Bundesagentur für Arbeit und die Integrationsämter die Arbeitgeber unter Berücksichtigung der für die Beschäftigung wesentlichen Eigenschaften der schwerbehinderten Menschen. Ein Anspruch nach Satz 1 besteht nicht, soweit seine Erfüllung für den Arbeitgeber nicht zumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre oder soweit die staatlichen oder berufsgenossenschaftlichen Arbeitsschutzvorschriften oder beamtenrechtliche Vorschriften entgegenstehen.
- (5) Die Arbeitgeber fordern die Einrichtung von Teilzeitarbeitsplätzen. Sie werden dabei von den Integrationsämtern unterstützt. Schwerbehinderte Menschen haben einen Anspruch auf Teilzeitarbeit, wenn die kürzere Arbeitszeit wegen Art oder Schwere der Behinderung notwendig ist; Absatz 4 Satz 3 gilt entsprechend.

Dabei ist zu beachten, dass sich diese Regelung nicht nur auf Schwerbehinderte sondern über § 68 Abs. 3 SGB IX auch die ihnen gleichgestellten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bezieht. Zudem werden alle Arbeitgeber in gleichem Maße angehalten, sich bei ihrer Auswahl an die Vorgaben der Bestimmung zu halten, ohne Rücksicht darauf, ob sie nun zur Beschäftigung von Schwerbehinderten verpflichtet sind (vgl. hierzu § 71 SGB IX) oder aufgrund der Betriebs- / Unternehmensgröße dieser Pflicht noch nicht unterfallen (§ 73 Abs.1 SGB IX).

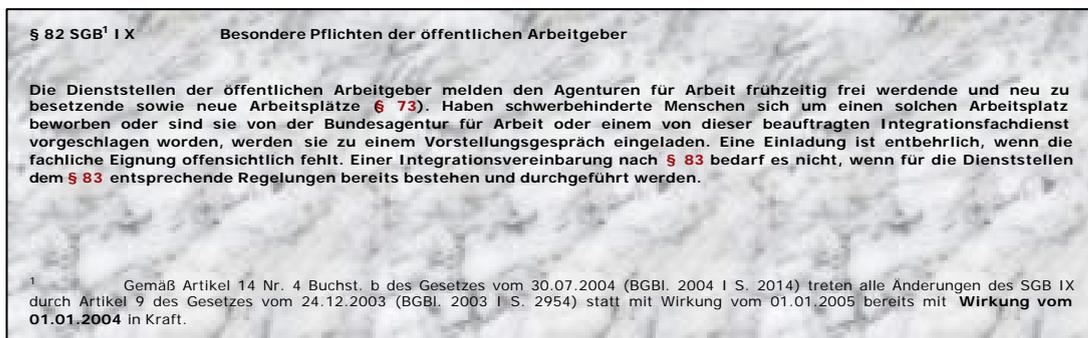
Zudem sind nahezu alle Arten von Arbeitsverhältnissen betroffen (Beschäftigungsverhältnisse im öff. Dienst / Beamtenverhältnisse über § 128 Abs.1, 3 SGB IX; Ausbildungsverhältnisse über § 73 Abs.1 SGB IX).

§ 81 SGB IX richtet sich an die Arbeitgeberseite wie an die Arbeitnehmervertretungen gem. § 93 SGB IX aber auch an die Tarifvertragspartner.

Zu den vielfältigen Pflichten der Arbeitgeberseite zählt insbesondere die Pflicht zur Prüfung, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können. Dies setzt frühzeitigen Kontakt zur Bundesagentur für Arbeit voraus.

Es sind Bewerbungen und Vermittlungsvorschläge der Personalvertretung und - soweit vorhanden - der Schwerbehindertenvertretung mitzuteilen.

Bei öffentlichen Arbeitgebern wird der Pflichtenkatalog sogar noch erweitert durch § 82 SGB IX



### Höhe der Entschädigung

Sanktionen bei Verletzung dieser Pflichten richten sich im Umfang danach, ob der Bewerber genommen worden wäre bei Beachtung der besonderen Auswahlüberlegungen oder ob dies nicht der Fall ist.

Wäre der Bewerber auch bei Einhaltung aller Pflichten nicht eingestellt worden, dann gewährt § 81 Abs. 2 Nr.3 SGB IX **max. 3 Monatsverdienste**.

Hätte der Bewerber bei Beachtung seiner besonderen Lage und Einhaltung der dem Arbeitgeber auferlegten Zusatzpflichten **Erfolg gehabt mit seiner Bewerbung**, so ist der Entschädigungsanspruch der Höhe nach **nicht begrenzt**, solange er nur „angemessen“ bleibt.

### Darlegungs- und Beweislastverteilung

Der **Arbeitnehmer muss darlegen**, dass es zu einer Ungleichbehandlung gekommen ist und dies gegebenenfalls auch beweisen. Der **Arbeitgeber muss dann ausführen**, warum keine Ungleichbehandlung basierend auf

der Schwerbehinderung vorliegt bzw. dass es für eine solche sachliche Gründe gibt.

Allerdings kann auch der Einwand des Rechtsmissbrauchs erhoben werden, wenn – vom Arbeitgeber aus – nachweislich die Bewerbung nur den Zweck hatte, eine Entschädigungsleistung zu erhalten.

#### Frist

Innerhalb von **2 Monaten** nach Zugang der Ablehnung muss der Anspruch auf Entschädigung schriftlich geltend gemacht werden - § 81 Abs.2 Nr.4 SGB IX.

### III Veränderung im laufenden Arbeitsverhältnis

#### 1. Entschädigungspflicht gem. § 81 Abs.2 SGB IX

In gleicher Weise kann es zu Entschädigungsansprüchen kommen, wenn der behinderte Mitarbeiter nachweisen kann, dass er nur aufgrund seiner Behinderung bei

~~z~~~~z~~Weisungen

~~z~~~~z~~beruflichem Aufstieg

benachteiligt worden ist.

#### 2. Eingliederungsmanagement gem. § 84 Abs.2 SGB IX

Die ursprüngliche Verpflichtung des Arbeitgebers gerade für Behinderte ein Eingliederungsmanagement zu entwickeln, ist nun auch aufgeweitet für andere Arbeitnehmer. Hiervon profitieren insbesondere erkrankte Arbeitnehmer. Hier kommt es nun zu einer Pflicht, dafür Sorge zu tragen, durch geeignete Maßnahmen verhindern zu helfen, dass sich Erkrankungen wiederholen.

### IV Veränderung im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

#### 1. bisherige Lage bis 30.04. 2004

Ein Antrag auf Zustimmung zur Kündigung nach § 85 SGB IX / § 91 SGB IX war in folgenden Fällen notwendig:

- Beschäftigungszeit eines schwerbehinderten Mitarbeiters / einer schwerbehinderten Mitarbeiterin länger als sechs Monate (vgl. § 90 Abs. 1 Ziff. 1 SGB IX)
- bei noch nicht abschließend abschlägig beschiedenem Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderter
- bei noch nicht abschließend abschlägig beschiedenem Antrag auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen (vgl. § 2 Abs. 3, 68 Abs. 2, 69 SGB IX)

Es war bis zum 30.04. 2004 ausreichend, wenn ein Arbeitnehmer nach Erhalt seiner Kündigung innerhalb einer Frist von einem Monat dem Arbeitgeber die tatsächlichen Umstände eines laufenden Antragsverfahrens (zur Anerkennung als Schwerbehinderter / Anerkennung als Gleichgestellter) bzw. der bereits festgestellten Schwerbehinderung selbst mitteilt. Dies erklärt sich insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Schutzgedanke von § 85 SGB IX unabhängig vom Kenntnisstand des Arbeitgebers eingreift.

## 2. Lage ab dem 01.05. 2004

Nach nunmehr geltendem Recht wird nicht mehr am objektiven Vorliegen einer Schwerbehinderung festgemacht. Es wird vielmehr **abgestellt darauf, dass die Schwerbehinderung bzw. die Gleichstellung nachgewiesen sind.**

### a) problemlose Fälle

Problemlos sind Fälle, in denen die Schwerbehinderung offenkundig ist bzw. die Schwerbehinderung entweder dem Arbeitgeber bereits bekannt gegeben worden ist bei Einstellung oder aber unmittelbar im Zusammenhang mit dem für den Arbeitnehmer positiven Abschluss eines Anerkennungsverfahrens. Hier weiß der Arbeitgeber, dass er vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Zustimmung des Integrationsamtes einholen muss.

### b) Problembereiche

#### (1) Nachweis der Schwerbehinderung bei Erreichung des Grades der Behinderung von mindestens 50 % auf dem Rechtsweg

##### § 90 Abs. 2a SGB IX

Die Vorschriften dieses Kapitels finden ferner keine Anwendung, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte.

Es stellt sich gerade in den Fällen, in welchen ein Arbeitnehmer gegen einen abschlägig beschiedenen Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderter mit Widerspruch und Klage vorgeht, die Frage danach, ob bei einem Erfolg der Beschreitung des Rechtswegs dem Arbeitnehmer nicht wie früher auch der Schutz des schwerbehinderten Mitarbeiters zuteil werden muss. Hier fehlt es an einer eindeutigen Aussage in der Bestimmung des § 90 Abs. 2a SGB IX.

In diesen Fällen ist künftig der Mitarbeiter von der Teilhabe am Sonderkündigungsschutz bei Ausspruch einer Kündigung, die zeitlich vor der abschließenden Feststellungen des Vorliegens der Schwerbehinderung ausgesprochen wurde, ausgeschlossen. Eine Rückwirkung von Widerspruch und Klage auf den Zeitpunkt der Antragstellung sind nicht mehr vorgesehen. Es kommt einzig und allein darauf an, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung bereits den Nachweis führen kann, dass das Anerkennungsverfahren positiv abgeschlossen war.

Die in § 90 Abs. 2a Alternative 2 SGB IX vorgesehene Möglichkeit, die Anerkennung als Schwerbehinderter in den Fällen nachschieben zu können, in welchen die verspätete Entscheidung des Versorgungsamtes nicht auf der mangelnden Mitwirkung des Arbeitnehmers beruht, privilegiert nur den Arbeitnehmer, der nicht den Weg des Widerspruchs und der anschließenden Klage Beschreitung muss.

(2) **Sonderkündigungsschutz nach Ablauf der Frist des § 69 Abs.1 S.2 SGB IX**

§ 69 SGB IX Feststellung der Behinderung, Ausweise

(1) Auf Antrag des behinderten Menschen stellen die für die Durchführung des Bundesversorgungsgesetzes zuständigen Behörden das Vorliegen einer Behinderung und den Grad der Behinderung fest. Beantragt eine erwerbstätige Person die Feststellung der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch (§ 2 Abs. 2), gelten die in § 14 Abs. 2 Satz 2 und 4 sowie Abs. 5 Satz 2 und 5 genannten Fristen sowie § 60 Abs. 1 des Ersten Buches entsprechend. Das Gesetz über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung ist entsprechend anzuwenden, soweit nicht das Zehnte Buch Anwendung findet. Die Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft werden als Grad der Behinderung nach Zehnergraden abgestuft festgestellt. Die im Rahmen des § 30 Abs. 1 des Bundesversorgungsgesetzes festgelegten Maßstäbe gelten entsprechend. Eine Feststellung ist nur zu treffen, wenn ein Grad der Behinderung von wenigstens 20 vorliegt. Durch Landesrecht kann die Zuständigkeit abweichend von Satz 1 geregelt werden.

§ 14 SGB IX Zuständigkeitsklärung

(2) Wird der Antrag nicht weitergeleitet, stellt der Rehabilitationsträger den Rehabilitationsbedarf unverzüglich fest. Muss für diese Feststellung ein Gutachten nicht eingeholt werden, entscheidet der Rehabilitationsträger innerhalb von drei Wochen nach Antragseingang. Wird der Antrag weitergeleitet, gelten die Sätze 1 und 2 für den Rehabilitationsträger, an den der Antrag weitergeleitet worden ist, entsprechend; die in Satz 2 genannte Frist beginnt mit dem Eingang bei diesem Rehabilitationsträger. Ist für die Feststellung des Rehabilitationsbedarfs ein Gutachten erforderlich, wird die Entscheidung innerhalb von zwei Wochen nach Vorliegen des Gutachtens getroffen. Kann der Rehabilitationsträger, an den der Antrag weitergeleitet worden ist, für die beantragte Leistung nicht Rehabilitationsträger nach § 6 Abs. 1 sein, klärt er unverzüglich mit dem nach seiner Auffassung zuständigen Rehabilitationsträger, von wem und in welcher Weise über den Antrag innerhalb der Fristen nach den Sätzen 2 und 4 entschieden wird und unterrichtet hierüber den Antragsteller.

(5) Der Rehabilitationsträger stellt sicher, dass er Sachverständige beauftragen kann, bei denen Zugangs- und Kommunikationsbarrieren nicht bestehen. Ist für die Feststellung des Rehabilitationsbedarfs ein Gutachten erforderlich, beauftragt der Rehabilitationsträger unverzüglich einen geeigneten Sachverständigen. Er benennt den Leistungsberechtigten in der Regel drei möglichst wohnortnahe Sachverständige unter Berücksichtigung bestehender sozialmedizinischer Dienste. Haben sich Leistungsberechtigte für einen benannten Sachverständigen entschieden, wird dem Wunsch Rechnung getragen. Der Sachverständige nimmt eine umfassende sozialmedizinische, bei Bedarf auch psychologische Begutachtung vor und erstellt das Gutachten innerhalb von zwei Wochen nach Auftragserteilung. Die in dem Gutachten getroffenen Feststellungen zum Rehabilitationsbedarf werden den Entscheidungen der Rehabilitationsträger zugrunde gelegt. Die gesetzlichen Aufgaben der Gesundheitsämter bleiben unberührt.

Angesprochen ist die zweite Alternative von § 90 Abs. 2a SGB IX, wonach die Vorschriften dieses Kapitels ebenfalls keine Anwendung finden, wenn das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte.

Es bleibt die dabei, dass mit der veränderten Gesetzeslage im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung der Nachweis des Vorliegens einer Schwerbehinderung vorhanden sein muss. Anders ausgedrückt, muss der Arbeitnehmer, will er noch in den Schutz des Schwerbehinderten gelangen, mindestens sieben Wochen vor dem zu erwartenden Zugang einer Kündigungserklärung einen Antrag auf Anerkennung als schwerbehinderter Arbeitnehmer stellen. Das Versorgungsamt hat in einem solchen Fall ab Antragstellung grundsätzlich drei Wochen

Zeit, den Antrag zu bescheiden. Wird - wie dies der Regelfall ist - ein Gutachten notwendig, fallen weitere zwei Wochen an, innerhalb derer nach unverzüglicher Beauftragung eines Sachverständigen, dieser das Gutachten zu erstellen hat. Nach Eingang dieses Gutachtens muss innerhalb von maximal weiteren zwei Wochen der vom Arbeitnehmer gestellte Antrag geschieden werden.

Hinsichtlich der Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers bei der Beantragung der Feststellung der Schwerbehinderung ist in § 69 Abs. 1 SGB IX nach § 60 Abs. 1 SGB I bestimmt, dass der Antragsteller alle Tatsachen angeben muss, die für die Leistung erheblich sind und auf Verlangen des zuständigen Leistungsträgers der Teilung der erforderlichen Auskünfte durch Dritte zuzustimmen hat.

Das bedeutet aber andererseits auch, dass in dieser Fallvariante der Arbeitgeber in einem Kündigungsschutzprozess darzulegen und auch gegebenenfalls zu beweisen hat, dass sich die Verzögerung der Bearbeitung des Antrages unmittelbar aus der fehlenden Mitwirkung des Arbeitnehmers ableiten lässt. Dies erklärt sich daraus, dass letztlich der Arbeitgeber vom Vorliegen der Ausnahmebestimmung der zweiten Alternative des § 90 Abs. 2a SGB IX profitieren will.

(3) **Fälle anhängiger Gleichstellungsanträge**

Verfügt ein Mitarbeiter / eine Mitarbeiterin bereits über bescheinigte 30 Prozent des Grades der Behinderung, so kann nach § 2 Abs. 3 SGB IX durch ein entsprechendes Antragsverfahren bei der Bundesagentur für Arbeit die Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen beantragt werden.

Die Schwierigkeit der Auslegung, welche Rechtsposition einem solchen Arbeitnehmer im laufenden Antragsverfahren zukommt, ergibt sich aus der Formulierung von § 90 Abs. 2a SGB IX im Zusammenspiel mit § 68 Abs. 2 Satz 2 SGB IX. Während die erstgenannte Bestimmung davon ausgeht, dass die Ausnahme vom Sonderkündigungsschutz dann vorliegt, wenn im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung einen Nachweis über die Schwerbehinderung nicht existiert, spricht § 68 Abs. 2 Satz 2 davon, dass die Gleichstellung mit einem Schwerbehinderten rückwirkend auf den Tag des Antrags Eingangs bei der Bundesagentur für Arbeit wirksam wird. Wollte man nun diesem Rückwirkungsgedanken folgend die Frage klären, ob der Arbeitnehmer sich bereits im laufenden Gleichstellungsverfahren bei späterem positiven Ausgang desselben auf den Schutz des schwerbehinderten Menschen berufen kann, so müsste man dies mit einem eindeutigen „Ja“ beantworten.

Ein solches Ergebnis wäre zwar vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass im Unterschied zum normalen Antragsverfahren beim Versorgungsamt auf Feststellung des Vorliegens einer Schwerbehinderung von mindestens 50% der Arbeitgeber in das Antragsverfahren bei der Bundesagentur für Arbeit zur Feststellung, ob die Voraussetzungen für die Gleichstellung vorliegen, mit eingebunden ist. Allerdings dürfte dies den gesetzgeberischen Intentionen zuwiderlaufen. Käme man nämlich zu diesem Ergebnis, so wäre der Taktik wieder ein weites Feld eröffnet. Es wäre in der Vorberatung eines Mitarbeiters /einer Mitarbeiterin selbst bei erkennbarer völliger Aussichtslosigkeit eines Gleichstellungsantrages aber erheblicher Wahrscheinlichkeit für das alsbaldige Aussprechen einer arbeitgeberseitigen Kündigung nahezu ein Fehler, diesem Beschäftigten den Rat zu versagen, er solle wenigstens unmittelbar einen Antrag auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Mitarbeiter stellen. In der Konsequenz käme es zu einem erheblichen Zeitgewinn, der

jedenfalls die einzuhaltende Zweiwochenfrist für eine fristlose Kündigung zu Fall bringen könnte.

Die tatsächliche Lösung ist allerdings in der Literatur derzeit noch kontrovers diskutiert. Während **DÜWELL** in seinem Aufsatz „Der Kündigungsschutz schwerbehinderter Beschäftigter nach der Novelle vom 23.04. 2004“ aus zwei Argumenten heraus ableitet, dass das Gleichstellungsverfahren außen vorbleiben soll, stellen **GRIMM / BROCK / WINDELN** in ihrem Aufsatz „Einschränkung des besonderen Kündigungsschutzes für Schwerbehinderte im SGB IX“ aus der Sicht der Taktik und der gesetzgeberischen Intention, prozesstaktische Möglichkeiten weitgehend zu reduzieren im Ergebnis darauf ab, dass auch das Gleichstellungsverfahren im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung bereits positiv zu Gunsten des Arbeitnehmers abgeschlossen sein muss, wenn dieser sich mit Erfolg auf den Schutz des schwerbehinderten berufen will. **DÜWELL** sieht insbesondere vor dem Hintergrund der Einflussnahmemöglichkeit des Arbeitgebers durch Beteiligung im Gleichstellungsverfahren bei der Bundesagentur für Arbeit keine Notwendigkeit, die Ausnahmebestimmung des § 90 Abs. 2a SGB IX auszudehnen. Als Zusatzargument verweist er darauf, dass der Gesetzeswortlaut nur auf das Verfahren vor dem Versorgungsamt Bezug nehme, sei konkret § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX textlich angesprochen worden sei nicht jedoch § 68 Abs. 2 SGB IX.

(4) **Offenkundigkeit der Schwerbehinderung**

Behinderungen, deren Ausmaß von jedem verständigen Menschen als schwere Behinderungen im Sinne der Definition nach dem SGB IX erkannt werden müssen, wie etwa Blindheit, Kleinwuchs oder Verlust von Gliedmaßen, werden auch in Zukunft ohne gesonderten Nachweis den Schwerbehindertenschutz für Kündigungen auslösen.

(5) **Nachweis der Schwerbehinderung - gegenüber wem ?**

Die Gesetzesnovelle hat ebenfalls offen gelassen, ob allein das objektive Existieren eines Nachweises ausreicht, um den Schutz des schwerbehinderten Menschen auszulösen, oder ob es darauf ankommt, diesen Nachweis dem Arbeitgeber gegenüber geführt zu haben.

Ausgehend vom Zustandekommen des Gesetzes auf Initiative des Bundesrates ist zumindest eines klar, dass der **Arbeitnehmer** dem Arbeitgeber gegenüber **nicht verpflichtet** ist den **Nachweis bereits vor dem Zugang der Kündigungserklärung vorgelegt zu haben**, wenn er sich auf den Schutz des schwerbehinderten Menschen berufen will. Die in dieser Weise vorgeschlagene gesetzliche Zielsetzung, wie sie noch in der Initiative des Bundesrates enthalten war, wurde später textlich nicht übernommen.

Es bleibt also dabei, dass es ausreicht, wenn nach der sich in den **vergangenen Jahrzehnten entwickelten Rechtsprechung innerhalb von maximal einem Monat gerechnet ab dem Zugang der Kündigungserklärung** ein entsprechender **Nachweis** geführt wird. In der Literatur wird allerdings angeregt, dass das Bundesarbeitsgericht gerade vor dem Hintergrund der Einfügung von § 90 Abs. 2a SGB IX zur Frage dieser Frist erneut Stellung bezieht.

c) **zu erwartende Praxis der Integrationsämter bezüglich der Bescheidung arbeitgeberseitig gestellter Zustimmung des Anträge**

Die Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen wird nach den Informationen von **GRIMM / BROCK / WINDELN** künftig eine **Entscheidung in der Sache** in folgenden Fällen treffen:

- die Schwerbehinderung ist offenkundig
- das Versorgungsamt hat die Schwerbehinderteneigenschaft festgestellt

- die Gleichstellung ist durch einen Bescheid der Agentur für Arbeit erfolgt
- ein Verfahren auf Feststellung der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch ist anhängig, die einschlägige Bearbeitungsfrist des Versorgungsamts ist abgelaufen und das Versorgungsamt hat trotz Mitwirkung des Antragstellers noch keine Entscheidung treffen können
- ein Verfahren auf Gleichstellung mit dem schwerbehinderten Menschen bei der Agentur für Arbeit ist anhängig, in dem erstinstanzlichen noch nicht entschieden worden ist, soweit bei dem Antragsteller vom Versorgungsamt bereits ein Grad der Behinderung von 30% unter 40% festgestellt worden ist

In den anderen Fällen beschränken sich die Integrationsämter auf die Erteilung eines **Negativattests**. Zwar haben Negativatteste den Vorteil, dass der Arbeitgeber, dessen Antrag auf Zustimmungserteilung zur geplanten Kündigung abgewiesen wurde, ohne Beschränkung seine Kündigung aussprechen kann. Allerdings steht dem belasteten Arbeitnehmer noch die Möglichkeit offen, dass erteilte Negativattest anzufechten. Folglich würde die beabsichtigte Beschleunigung eines gerichtlichen Verfahrens zur Beurteilung der Wirksamkeit einer Kündigung in den Fällen, in denen ein Arbeitnehmer das Negativattest aufgrund seines Verwaltungsaktscharakters mit Widerspruch und anschließender Klage anfecht, ausgehebelt. Die Arbeitsgerichte werden möglicherweise nach § 148 ZPO bis zur Klärung der Bestandskraft des Negativattests ihr Verfahren aussetzen.

## **Beispielsfall zum Schwerbehindertenrecht nach der Novellierung zum 01.05.2004**

In der Ferdinand Heisel GmbH & Co. KG sind die Umsätze mit den Kartonagen in den letzten 3 Jahren stetig zurückgegangen, so dass der Ausspruch von Kündigungen unausweichlich ist. So wird es zumindest in dem eigens eingeholten Gutachten eines Wirtschaftsberatungsunternehmens vorgeschlagen.

Der Personalsachbearbeiter forstet die Daten der Belegschaft durch und kommt zu folgenden Vorschlägen für die beabsichtigten 4 Kündigungen:

- (1) Herrmann Alt \*19.03.1976 verh. 2 Ki. seit 01.01.2002
- (2) Franziska Bauer \*23.05.1971 ledig seit 15.12.1998
- (3) Peter Kehl \*04.05.1980 gesch. 1Ki. seit 01.04.2000
- (4) Helga Mayer \*16.10.1965 verw. 2 Ki. seit 01.11.2003

Bzgl. dieser vier Mitarbeiter wird das Anhörungsverfahren zur beabsichtigten ordentlichen Kündigung beim 5 köpfigen Betriebsrat eingeleitet. In allen 4 Fällen widerspricht der Betriebsrat. Dennoch erhalten die Mitarbeiter ihre Kündigungsschreiben noch am 31. August 2005 ausgehändigt.

**Fallvariante 1 :**

Herrmann Alt hat seit dem 01.01.2005 einen anerkannten Grad der Behinderung von 50%. Diesen Umstand hat Herr Alt bislang seinem Arbeitgeber noch nicht mitgeteilt, weil er den entsprechenden Bescheid erst am 20.08.2005 erhalten hatte. Herr Alt reicht über die Rechtsantragsstelle eines Arbeitsgerichts Klage ein, wobei er die Unwirksamkeit der Kündigung u.a. mit der fehlenden Zustimmung der Hauptfürsorgestelle begründet.

Ist die Klage erfolgversprechend mit dieser Begründung ?

Antwort :

Ja - da die Schwerbehinderung nachgewiesen war zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung

**Fallvariante 2:**

1 Woche vor Kündigungszugang hat Herr Alt einen Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderter gestellt.

Antwort

nein - § 90 Abs.2a Alt.1 SGB IX – kein Nachweis vorliegt

**Fallvariante 3**

Vor 1 Monat reichte Herr Alt Klage gegen den die Erhöhung der Anerkennung eines höheren Grades der Behinderung als 40 % ablehnenden Bescheid in der Form des Widerspruchsbescheides ein.

Antwort

nein - § 90 Abs.2a Alt.1 SGB IX – kein Nachweis vorliegt

**Fallvariante 4**

Der bereits Anfang Juni 2005 gestellte Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderter ist seitens des Versorgungsamtes noch nicht beschieden, da der beauftragte Gutachter kurzfristig wegen einer Blinddarmreizung zur Beobachtung ins Krankenhaus musste und daher an der rechtzeitigen Fertigung seines Berichtes gehindert war

Antwort

Ja - § 90 Abs.2a Alt.2 SGB IX – ohne Verschulden des Arbeitnehmers wurden die Fristen nach § 69 Abs.1 S.2 SGB IX versäumt, d.h. er darf Nachweis später nachreichen

**Fallvariante 5**

Nachdem vor 2 Jahren bereits ein Grad der Behinderung von 30 % festgestellt worden war, läuft nunmehr seit dem 28.08.2005 ein Antrag auf Gleichstellung bei der Bundesagentur für Arbeit.

Antwort

nein - § 90 Abs.2a Alt.1 SGB IX – kein Nachweis vorliegt

oder

ja - § 90 Abs.2a Alt.2 SGB IX – verweist nur auf § 69 Abs.1 S.2 SGB IX und damit auf das Anerkennungsverfahren vor dem Versorgungsamt nicht jedoch auf das Verfahren zur Erlangung der Gleichstellung bei der Bundesagentur bei Arbeit