

Kapitel 8: Das novellierte Schwerbehindertenrecht

Dokument wurde zuletzt aktualisiert am: 19.04.2006

Gliederung

A. Grundlagen des Schwerbehindertenrechts	Rn. 1
I. Von der Schwerbeschädigtenfürsorge zum Teilhaberecht für schwerbehinderte Menschen	Rn. 1
II. Rechtspolitischer Hintergrund der Novellierung	Rn. 6
III. Gesetzgebungsmaterialien für die Novelle	Rn. 7
IV. Schwerbehindertenrecht und Europäische Antidiskriminierungspolitik	Rn. 8
1. Richtlinie 2000/78/EG	Rn. 9
2. Umsetzungsdefizite	Rn. 10
3. Das Gesetzgebungsvorhaben zur Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsvorschriften	Rn. 13
B. Die geschützten behinderten Menschen	Rn. 16
I. Schwerbehinderte Menschen	Rn. 16
1. Behinderungsbegriff	Rn. 17
2. Der nach AHP zu ermittelnde Grad der Behinderung	Rn. 19
3. Das versorgungsamtliche Feststellungsverfahren	Rn. 22
4. Der Schwerbehindertenausweis	Rn. 31
II. Gleichgestellte behinderte Menschen	Rn. 34
1. Personenbezogene Voraussetzungen	Rn. 35
2. Arbeitsplatzbezogene Voraussetzungen	Rn. 36
3. Gleichstellungsverfahren	Rn. 39
4. Wirkung der Gleichstellung	Rn. 41
III. Behinderte und von Behinderung bedrohte Personen	Rn. 43
IV. Die während der Berufsausbildung gleichgestellten behinderten Menschen	Rn. 46
C. Einschränkung des Kündigungsschutzes	Rn. 50
I. Wegfall des Zustimmungserfordernisses für Kündigung vor Behinderungsfeststellung?	Rn. 50
1. Antrag des Arbeitgebers	Rn. 51
2. Nachweis als Voraussetzung des Sonderschutzes	Rn. 52
3. Zustimmungserfordernis bei Offenkundigkeit der Schwerbehinderung	Rn. 57
4. Zustimmungserfordernis bei objektiv vorliegender Schwerbehinderung	Rn. 58
5. Zustimmungserfordernis bei laufendem Feststellungsverfahren	Rn. 59
6. Zustimmungserfordernis im laufenden Gleichstellungsverfahren	Rn. 63
7. Feststellung im Verlauf des Rechtsbehelfs- oder Rechtsmittelverfahrens	Rn. 64
II. Verwaltungsverfahren für Zustimmung zur ordentlichen Kündigung	Rn. 65
1. Ermessen des Integrationsamtes	Rn. 66
2. Sachverhaltsermittlung durch das Integrationsamt	Rn. 70
3. Verzicht auf Stellungnahme der Arbeitsagentur	Rn. 72
4. Zustimmungsfiktion zur ordentlichen Kündigung	Rn. 74
III. Wirksamkeitsvoraussetzungen der Arbeitgeberkündigung	Rn. 80

1. Kenntnis des Arbeitgebers von Schwerbehinderung oder Gleichstellung	Rn. 80
2. Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung	Rn. 84
3. Prävention als Wirksamkeitsvoraussetzung?	Rn. 91
D. Die Neuerungen bei der öffentlich-rechtlichen Beschäftigungspflicht	Rn. 101
I. Die Ausbildungsquote	Rn. 102
II. Die Beschäftigungsquote	Rn. 104
1. Die Absenkung von 6% auf 5%	Rn. 105
2. Der Begriff des Arbeitsplatzes	Rn. 108
3. Berechnung nach Jahresdurchschnitt	Rn. 111
4. Anzahl der zu besetzenden Pflichtarbeitsplätze	Rn. 114
5. Anrechnung der beschäftigten Schwerbehinderten	Rn. 116
E. Der Anspruch auf Zusatzurlaub	Rn. 124
I. Unveränderte nominale Dauer des Zusatzurlaubs	Rn. 125
II. Die Berechnung des konkreten Individualanspruchs	Rn. 126
III. Teil- und Vollurlaub	Rn. 129
IV. Bruchteile des Urlaubs	Rn. 131
V. Quotelung für den Zusatzurlaub im Jahr der Feststellung	Rn. 135
VI. Quotelung nach Wegfall der Schwerbehinderung	Rn. 140
VII. Übertragung des Zusatzurlaubs	Rn. 142
VIII. Abgeltung von Zusatzurlaub	Rn. 144
IX. Urlaubsgeld für den Zusatzurlaub	Rn. 145
X. Unabdingbarkeit des Zusatzurlaubs	Rn. 146
F. Die Interessenvertretung der schwerbehinderten Menschen im Betrieb	Rn. 150
I. Vertretungsorgan neben Betriebs- und Personalrat	Rn. 151
1. Eigenständige Aufgabenstellung	Rn. 152
2. Unabhängigkeit vom Betriebs- und Personalrat	Rn. 154
II. Ein-Personenvertretung	Rn. 155
1. Stellvertretung und Nachrücken	Rn. 156
2. Heranziehung des stellvertretenden Mitglieds	Rn. 158

A. Grundlagen des Schwerbehindertenrechts

I. Von der Schwerbeschädigtenfürsorge zum Teilhaberecht für schwerbehinderte Menschen

- 1 Das Schwerbeschädigtenrecht ist als eigenständiges Rechtsgebiet erst in der Weimarer Republik entstanden. Es befindet sich seitdem in einem ständigen Reformprozess.
- 2 Am Ende des Ersten Weltkriegs gab es 2,5 Millionen Kriegsbeschädigte, deren Versorgung oder Wiedereingliederung geregelt werden musste.¹ Insbesondere aus ökonomischen Gründen zur Verhinderung allzu großer Rentenlasten galt: „Arbeit statt Individualisierung“. Bereits während des Krieges war bei den Militärbehörden ein komplexes Fürsorgesystem entstanden, das durch die aus privater Initiative gegründeten Fürsorgestellen ergänzt wurde. Nach Kriegsende wurden die

¹ Neumann, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, S. 3.

Zuständigkeiten der Militärbehörden auf das Reichsarbeitsamt (Reichsarbeitsministerium) übertragen.² Es wurde damals die noch heute geltende Aufgabenteilung mit Versorgungsämtern zur Feststellung der Behinderung (sowie zur Heilbehandlung und Rentengewährung) und den Hauptfürsorgestellten (seit 2001 umbenannt in Integrationsämter) zur sozialen Fürsorge im Arbeitsleben normiert.³ Nachdem bereits bei der Demobilmachung auf dem Verordnungswege eine Mindestbeschäftigungsquote für private und öffentliche Arbeitgeber vorläufig eingeführt worden war, wurde das neu entstandene Rechtsgebiet im Unterschied zu anderen europäischen Ländern mit dem Gesetz zur Beschäftigung Schwerbeschädigter⁴ um arbeitsrechtliche Normen erweitert. Wesentliche Inhalte waren damals wie heute: Pflichtbeschäftigungsquote, besonderer Kündigungsschutz, besondere Pflichten des Arbeitgebers bei der Beschäftigung und besondere Vertretung der schwerbeschädigten Arbeitnehmer durch „Vertrauensmänner“ (seit 2001 umbenannt in Vertrauenspersonen). Es galt allerdings nur für Kriegsbeschädigte und unfallverletzte Arbeitnehmer.

- 3 Beim Wiederaufbau nach dem Zweiten Weltkrieg galt in der Bundesrepublik nach Art. 125 GG das alte Schwerbeschädigtengesetz fort. 1953 wurde es neu gefasst.⁵ Erstmals wurde bundesweit ein Zusatzurlaub von sechs Werktagen eingeführt. 1974 wurde das Schwerbeschädigtengesetz im Rahmen der sozialliberalen Reformen völlig umgestaltet. Nach dem Finalprinzip wurde der Geltungsbereich des Gesetzes auf alle Behinderungen ausgeweitet. Von dem Gesetz zur Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft vom 29.04.1974⁶ stammt auch die Kurzbezeichnung Schwerbehindertengesetz (SchwbG), die noch heute in dem Begriff Schwerbehindertenrecht fortlebt. Das SchwbG ist zuletzt mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter vom 29.09.2000 (SchwbBAG) erheblich geändert worden.⁷ Dem lag eine scherenartige Entwicklung zugrunde. Die Zahl der arbeitslosen Schwerbehinderten war von 1981 bis 1998 von 94.000 auf 180.500 und bis Oktober 1999 auf 189.766 gestiegen.⁸ Im gleichen Zeitraum war die Ist-Quote der Schwerbehindertenbeschäftigung von 5,9% auf 3,8% gesunken.⁹ Die neuen Bestimmungen zur Verbesserung der Wirksamkeit des Systems von öffentlich-rechtlicher Beschäftigungspflicht und Ausgleichsabgabe traten schon am 01.01.2001 in Kraft.¹⁰ Erklärtes Ziel des Gesetzgebers war es, bis spätestens 31.10.2002 etwa 50.000 schwerbehinderte Menschen mehr in Arbeit zu bringen.¹¹
- 4 Da das SchwbBAG als Vorschaltgesetz zu dem seit 1993 verfolgten Plan¹² eines Gesetzes zur Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – Neuntes Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB IX) – vorgesehen war, wurde es mit dem In-Kraft-Treten des SGB IX¹³ zum 30.06.2001 aufgehoben. Mit dem Gesetz soll die von der Praxis heftig beklagte Zersplitterung des Rehabilita-

² Verordnung über die soziale Kriegsbeschädigten- und Kriegshinterbliebenenfürsorge vom 08.02.1919, RGBl 1919, 187.

³ Verordnung über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 01.02.1919, RGBl 1919, 132.

⁴ Gesetz vom 06.04.1920, RGBl 1920, 458.

⁵ Gesetz vom 16.06.1953, BGBl I 1953, 389.

⁶ Gesetz vom 29.04.1974, BGBl I 1974, 1005.

⁷ Überblick in: *Düwell*, BB 2000, 2570.

⁸ BR-Drs. 298/00, S. 28.

⁹ Arbeitsmarkt in Zahlen, Beschäftigung Schwerbehinderter 1998, Statistik aus dem Anzeigeverfahren gemäß § 13 Abs. 2 SchwbG, herausgegeben von BA Referat III a 5 o.J.

¹⁰ Vgl. Art. 8 Abs. 2 SchwbBAG.

¹¹ Vgl. BT-Drs. 14/3372, S. 15.

¹² *Neumann*, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, S. 11 m.w.N.

¹³ BGBl I 2001, 1046.

tionsrechts durch die Zusammenfassung des Rehabilitations- und des Schwerbehindertenrechts beseitigt werden. Die kodifikatorische Zusammenfassung war für den arbeitsrechtlich bedeutsamen Teil der Normen nur mit wenigen materiellen Änderungen verbunden. So wird in der Gesetzessprache seitdem der oder die Schwerbehinderte nunmehr geschlechtsneutral als schwerbehinderter Mensch bezeichnet. Auch trägt der Behindertenbegriff seitdem der „Internationalen Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit“ (ICF) Rechnung, die im Rahmen der Weltgesundheitsorganisation (WHO) entwickelt worden ist.¹⁴ Danach ist die Selbstbestimmung und gleichberechtigte Teilhabe des Behinderten am Leben in der Gesellschaft Regelungsziel (§§ 1, 2 SGB IX).

- 5 Das SGB IX ist seit seinem In-Kraft-Treten bereits mehrfach geändert worden. Zuerst ist das durch das Gesetz zur Änderung von Fristen und Bezeichnungen im Neunten Buch Sozialgesetzbuch und zur Änderung anderer Gesetze vom 03.04.2003¹⁵ geschehen. Mit diesem Gesetz ist die endgültige Entscheidung über die Höhe der Beschäftigungsquote auf den 01.01.2004 verschoben worden. An Qualität und Quantität bedeutsamere Änderungen hat das Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 23.04.2004¹⁶ bewirkt. Dessen für die Praxis bedeutsame Bestimmungen sind rückwirkend zum 01.01. oder ansonsten zum 01.05.2004 in Kraft getreten.¹⁷

II. Rechtspolitischer Hintergrund der Novellierung

- 6 Nachdem mit dem SchwbBAG die Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter von Oktober 1999 bis Oktober 2002 um 23,9% auf 144.292 gemindert werden konnte¹⁸, stieg von November 2002 bis April 2003 die Zahl der arbeitslosen schwerbehinderten Menschen wieder auf 171.293 an.¹⁹ Mit diesem dramatischen Anstieg verbunden war die mangelnde Bereitschaft der Arbeitgeber, behinderte Jugendliche auszubilden. So verfügten die zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen verpflichteten Arbeitgeber im Jahre 2000 über rund 1,1 Millionen betriebliche Ausbildungsplätze. Sie haben jedoch nur auf rund 5.300 dieser Ausbildungsplätze schwerbehinderte Menschen beruflich ausgebildet. In dieser Situation konnte der Gesetzgeber, der mit den Hartz-Gesetzen und der Agenda 2010 eine Strategie zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit entwickelt hat, nicht untätig bleiben. Anfang 2003 sah sich das für schwerbehinderte Menschen zuständige BMGS veranlasst, tätig zu werden. Eine auch mit externen Experten besetzte Arbeitsgruppe erarbeitete ein Eckpunktetpapier.²⁰ Deren Ergebnis wurde zur Grundlage des am 08.09.2003 zur Stellungnahme an die Verbände versandten Referentenentwurfs gemacht. Nach Anhörung der Verbände und Sachverständigen beschloss das Bundeskabinett am 15.10.2003 den Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen sowie den Entwurf einer Dritten Verordnung zur Änderung der Schwerbehinderten-Ausgleichsabgabeverordnung in den Bundesrat einzubringen.²¹

¹⁴ Haines in: LPK-SGB IX, § 2 Rn. 16.

¹⁵ BGBl I 2003, 462.

¹⁶ BGBl I 2004, 606.

¹⁷ Vgl. Düwell, FA 2004, 200.

¹⁸ Integrationsamt LVR, Entwicklungsbericht 2000-2002, S. 30.

¹⁹ Statistische Auswertung BA Referat III b 3 Arbeitslose Schwerbehinderte April 2003.

²⁰ Unveröffentlichtes Papier auszugsweise wiedergegeben: Düwell, HzA aktuell 7/03.

²¹ BR-Drs. 746/03 vom 17.10.2003.

III. Gesetzgebungsmaterialien für die Novelle

7 Das Gesetz beruht auf einem gemeinsamen Entwurf der Fraktion der SPD und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen. Der Fraktionsentwurf ist am 24.10.2003²² vom Bundestag in erster Lesung beraten worden. Er ist textidentisch mit der Regierungsvorlage an den Bundesrat.²³ Die Verabschiedung des Gesetzes schien unproblematisch. Es sollte am 01.01.2004 in Kraft treten. Am 28.11.2003 warf jedoch der Bundesrat Sand ins Getriebe. Auf Vorschlag des Ständigen Beirates²⁴ beschloss er²⁵, „gemäß Artikel 76 Abs. 2 Satz 3 GG eine Verlängerung der Frist zur Stellungnahme zu verlangen“. Nach dieser Vorschrift beträgt die Dauer der Fristverlängerung neun Wochen. Der Bundesrat hat allerdings die Frist nicht voll ausgeschöpft. Er hat auf der Grundlage der Empfehlungen seiner Fachausschüsse bereits am 19.12.2003 seine Stellungnahme beschlossen.²⁶ Unter teilweiser Aufnahme der Änderungsvorschläge des Bundesrats hat der Bundestag auf Empfehlung des Ausschusses für Gesundheit und Soziale Sicherung²⁷ in zweiter und dritter Lesung am 16.01.2004 die Annahme des Gesetzes gegen die Stimmen der Fraktion der CDU/CSU und zwei fraktionsloser Abgeordneter beschlossen.²⁸ Am 13.02.2004²⁹ hat der Bundesrat seine Zustimmung verweigert und den Vermittlungsausschuss angerufen. Dieser hat nach mehrfacher Verhandlung am 31.03.2004 eine Beschlussempfehlung beschlossen.³⁰ Am 01.04.2004 haben Bundestag und Bundesrat der Empfehlung zugestimmt.³¹ Das Gesetz ist am 23.04.2004 ausgefertigt und am 28.04.2004 verkündet worden.

IV. Schwerbehindertenrecht und Europäische Antidiskriminierungspolitik

8 Die Novellierung des SGB IX dient nicht der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben. Es ist vielmehr so, dass nach Ansicht des arbeitsrechtlichen Schrifttums notwendige gesetzgeberische Maßnahmen zur Umsetzung einer Anti-Diskriminierungsrichtlinie bewusst unterlassen worden sind.

1. Richtlinie 2000/78/EG

9 Die Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27.11.2000 (RL 2000/78/EG)³² bezweckt die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf (vgl. Art. 1 der Richtlinie). Ihr sachlicher Anwendungsbereich erstreckt sich auf die Einstellungsbedingungen sowie die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbe-

²² BT-PIPr. 15/70 vom 24.10.2003, S. 6048 B-C; zum Streit zwischen Bundesrat und Bundestag im Gesetzgebungsverfahren vgl. *Düwell*, FA 2004, 45.

²³ BR-Drs. 746/03.

²⁴ BR-Drs. 746/1/03.

²⁵ BR-PIPr. 794 vom 28.11.2003.

²⁶ BR-PIPr. 795 vom 19.12.2003.

²⁷ BT-Drs. 15/2357 vom 14.01.2004.

²⁸ BT-PIPr. 15/87 TOP 18 a.

²⁹ BR-PIPr. 796 vom 13.02.2004.

³⁰ BT-Drs. 15/2830.

³¹ BT-PIPr. 15/102 vom 01.04.2004, S. 9199 B-C.

³² ABl.EG L 303 v. 02.12.2000, S. 16.

dingungen (Art. 3 der Richtlinie). Nach Art. 2 der Richtlinie sind zu bekämpfen unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen sowie Belästigungen. Nach Art. 17 der Richtlinie müssen Verstöße gegen die Diskriminierungsverbote durch Sanktionen verhindert werden, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen. Die Durchsetzung der Diskriminierungsverbote ist durch effektive Rechtsschutzverfahren einschließlich Verbandsklagerecht und Beweiserleichterung gesetzlich zu fördern (Art. 9 bis 11 der Richtlinie). Die Umsetzung der Richtlinie ist für jeden Mitgliedsstaat hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich. Den innerstaatlichen Organen ist die Wahl der Form und der Mittel überlassen. Das folgt aus Art. 249 Abs. 3 und 4, Art. 10 EGV.

2. Umsetzungsdefizite

10 Bei Schaffung des SGB IX ist die Bundesregierung in der Entwurfsbegründung³³ davon ausgegangen, mit § 81 Abs. 2 SGB IX diese Richtlinie vollständig umzusetzen. Im Schrifttum wird die Umsetzung der Richtlinie im SGB IX als nicht ausreichend angesehen.³⁴ So wird gerügt, § 81 Abs. 2 SGB IX beschränke den Schutz vor Diskriminierung auf Schwerbehinderte und Gleichgestellte. Damit seien behinderte Menschen, die weder schwerbehindert noch gleichgestellt sind, vom Diskriminierungsschutz ausgenommen. Der Behindertenbegriff der Richtlinie könne nicht im Sinne der besonderen Regelungen zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen (2. Teil des SGB IX im amtlichen Klammerzusatz: „Schwerbehindertenrecht“) verstanden werden, weil es auf einen Grad der Behinderung von wenigstens 50 (Schwerbehindert) oder 30 (Gleichgestellt) abstelle.³⁵ Weiterhin wird die in § 2 Abs. 2 SGB IX aufgestellte Voraussetzung des Wohnsitzes als problematisch bezeichnet, weil dadurch Behinderte aus anderen Mitgliedsstaaten vom Schutzbereich der Norm ausgeschlossen würden.³⁶ Das ist allerdings in dieser Allgemeinheit nicht richtig. § 2 Abs. 2 SGB IX bezieht alle Menschen mit einem Grad der Behinderung von wenigstens 50 in den Schutz des Gesetzes ein, soweit sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung rechtmäßig im Bereich des SGB IX haben. Eine Schutzlücke besteht daher allenfalls für die behinderten Menschen, die nicht ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik haben oder keiner rechtmäßigen Beschäftigung nachgehen. Problematisch ist damit lediglich die Gruppe der behinderten Menschen, die aus einem anderen Mitgliedsland der Europäischen Union kommt und sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhält, um eine Arbeitsstelle zu suchen, und während der Zeit der Suche keinen gewöhnlichen Wohnsitz begründet. Hier kann aber eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung helfen.

10.1 Der gemeinschaftsrechtliche Begriff der „Behinderung“ erfasst danach einen größeren Adressatenkreis als die Gruppen der schwerbehinderten und der ihnen gleichgestellten behinderten Menschen. Das wird im Schrifttum vor allem von *Thüsing* (*Thüsing/Wege*, FA 2003, 297; ebenso *Rolfs* in: *ErfK*, § 81 SGB IX Rn. 5) vertreten. Dem folgend hat das ArbG Berlin eine nicht gleichgestellte Angestellte mit einem GdB 40 als behindert im Sinne der Richtlinie angesehen (ArbG Berlin v. 13.07.2005 - 86 Ca 24618/04). Da die Bundesrepublik nicht ihrer Umsetzungspflicht nachgekommen sei, hat das ArbG den weiten Begriff der Behinderung aus der Richtlinie entnommen. In entsprechender Anwendung von § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB IX hat es das Land Berlin wegen der Benachteiligung der Behinderten bei der Einstellung als Angestellte im Bereich der Parkraumbewirtschaftung zu einer Zahlung einer Entschädigung in Höhe von sechs Bruttomonats-

³³ BT-Drs. 14/5074, S. 113.

³⁴ *Schiek*, NZA 2004, 873, 881.

³⁵ *Schiek*, NZA 2004, 873, 881.

³⁶ So *Schiek*, NZA 2004, 873, 881.

entgelten verurteilt. Die abgelehnte Bewerberin hatte zwar den Auswahltest bestanden und sollte eingestellt werden, scheiterte aber an der betriebsärztlichen Untersuchung. Ihr wurde mitgeteilt, sie sei wegen ihrer Neurodermitis, die zur Feststellung des GdB 40 geführt hatte, in höherem Maße krankheitsanfällig und daher ungeeignet. Darin sah das ArbG eine Benachteiligung wegen der Behinderung.

Aktualisierung vom 13.12.2005

- 11 Ein weiteres Umsetzungsdefizit besteht, weil die Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts ein tätigkeitsneutrales Interesse des Arbeitgebers für die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft als ausreichend ansieht.³⁷ Die Annahme dieses tätigkeitsneutralen Fragerechts ist mit der Richtlinie 2000/78/EG unvereinbar.³⁸ Entweder kommt es zu einer Änderung der Rechtsprechung, oder der Gesetzgeber muss tätig werden.
- 12 Schließlich wird auch beanstandet, mit den in § 81 Abs. 4 SGB IX aufgenommenen Verpflichtungen des Arbeitgebers, für behinderungsgerechte Beschäftigung zu sorgen, habe der deutsche Gesetzgeber nur seiner Umsetzungspflicht für bestehende Arbeitsverhältnisse genügt. Ausgespart habe er entgegen der Richtlinie eine aktive Förderung der Teilhabechancen derjenigen Menschen, die noch den Zugang zur Beschäftigung suchen.³⁹ Deswegen kann es bei richtlinienkonformer Auslegung des Benachteiligungsverbots bei Begründung des Arbeitsverhältnisses (§ 81 Abs. 2 Nr. 1 SGB IX) nicht gerechtfertigt sein, einen behinderten Stellenbewerber abzulehnen, weil ihm eine wesentliche und entscheidende Voraussetzung der auszuübenden Tätigkeit fehlt, wenn der Arbeitgeber durch angemessene und zumutbare Vorkehrungen das Einstellungshindernis beseitigen könnte. Lehnt z.B. der Arbeitgeber die Einstellung eines körperlich behinderten Arbeitnehmers deswegen ab, weil es zu den vorgesehenen Arbeitsaufgaben gehört, auch Gewichte von mehr als 10 kg zu heben, so liegt darin eine Diskriminierung, wenn durch Ausstattung des vorgesehenen Arbeitsplatzes mit einer technischen Hebehilfe der Arbeitgeber dieses Einstellungshindernis durch eine nach § 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX ihm zumutbare Maßnahme ausschalten könnte.

3. Das Gesetzgebungsvorhaben zur Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsvorschriften

- 13 Die Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000 war nach Art. 18 bis zum 02.12.2003 umzusetzen. Die Bundesrepublik hat nach Art. 18 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie die Möglichkeit einer Zusatzfrist von drei Jahren in Anspruch genommen. Sie hat es damit begründet, dass ein besonders schwieriger und umfangreicher Prüfungsaufwand wegen der großen Anzahl von Rechtsvorschriften zu leisten sei, die Bezug auf das Lebensalter der von der Regelung Betroffenen nehmen.⁴⁰ Die Umsetzung soll noch in diesem Jahr geschehen. Die Bundesregierung hat im Mai 2003 eine interministerielle Arbeitsgruppe unter der koordinierenden Federführung des Bundesministeriums für Familien, Senioren, Frauen und Jugend eingesetzt. Diese hat sich im November 2003 auf „Eckpunkte für die Umsetzung“ verständigt.⁴¹ Da angesichts der Fristverlängerung die Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist, entfalten die Vorgaben der Richtlinie zur Zeit für das deutsche Recht nur eine Sperrwirkung. Der Mitgliedsstaat darf keine Maßnahme ergreifen, die den Zielen der Richtlinie

³⁷ Zuletzt BAG v. 18.10.2000 - 2 AZR 380/99 - AP § 123 BGB Nr. 59.

³⁸ Vgl. *Düwell* in: LPK-SGB IX, § 85 Rn. 18; *Schiek*, NZA 2004, 873, 881; *Messingschlager*, NZA 2003, 301; *Brors*, DB 2003, 1734; a.A. *Schaub*, NZA 2003, 195.

³⁹ *Schiek*, NZA 2004, 873, 881; *Brors*, DB 2003, 1734, 1735.

⁴⁰ Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 27.11.2003, nicht veröffentlicht.

⁴¹ Vgl. *Schiek*, NZA 2004, 873, 883.

zuwiderlaufen.⁴² Soweit das Schrifttum bereits jetzt die sog. vertikale Direktwirkung der Richtlinie annimmt⁴³, beruht das darauf, dass irrig von dem Ablauf der Umsetzungsfrist ausgegangen wird. Dieser Irrtum ist darauf zurückzuführen, dass die Bundesregierung es unterlassen hat, die Inanspruchnahme der Fristverlängerung bekannt zu machen.

- 14 Die Umsetzung soll durch den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsvorschriften erfolgen. Der **Entwurf der Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen** vom 16.12.2004⁴⁴ beruht auf den oben dargestellten Vorarbeiten. Er enthält in seinem Artikel 1 das Gesetz zum Schutz vor Diskriminierungen (Antidiskriminierungsgesetz – ADG). Der federführende Bundestagsausschuss hat am 07.03.2005 eine **öffentliche Anhörung** durchgeführt. Nach Auswertung der Anhörung sind einige Regelungen **präzisiert**, um unnötige Bürokratie zu beseitigen. Das ADG normiert mehr als ein Verbot, nämlich das Ziel, **alle Diskriminierungsmerkmale aus Art. 13 EU-Vertrag** zu verhindern und zu beseitigen:

„§ 1 Ziel des Gesetzes

Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.“

- 14.1 Dennoch ist am 05.09.2005 das ADG im Vermittlungsausschuss am Widerstand der unionsregierten Bundesländer gescheitert. Diese hatten erklärt, nur 1:1 umsetzen zu wollen, d.h. nicht über das gemeinschaftsrechtlich zwingend gebotene Schutzmaß hinauszugehen. Im Koalitionsvertrag vom 18.11.2005 wird auf diesen Konflikt nicht näher eingegangen. Der Koalitionsvertrag enthält insoweit nur den wenig aussagefähigen Satz: „Die EU-Gleichbehandlungsrichtlinien werden in deutsches Recht umgesetzt.“ Wahrscheinlich hat man sich inhaltlich nicht über den Umfang der Umsetzung einigen können. Die überfällige Einbringung des Antidiskriminierungsgesetzes in den Bundesrat kann daher im Jahre 2006 ein erster Streitpunkt in der Koalition sein. Das muss jedoch nicht sein; denn die von der Union zunächst bevorzugte Übernahme der Richtlinientexte in ein Umsetzungsgesetz wäre kontraproduktiv. Wegen der Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe müsste die Praxis abwarten, wie die Gerichte für Arbeitsachen diese füllen. Um das zu vermeiden, sollte eine sachgerechte Anpassung der Richtlinientexte an das nationale Recht stattfinden.

Aktualisierung vom 13.12.2005

- 15 Die bisherige Beschränkung des Benachteiligungsverbots auf das Vorliegen einer Schwerbehinderung fällt weg. Der Diskriminierungsschutz wird **auf alle Behinderten** ausgedehnt. Die bisherigen Vorschriften über die Gleichbehandlung wegen des Geschlechts in § 611a BGB und wegen der Schwerbehinderung in § 81 Abs. 2 SGB IX entfallen. Das bedeutet allerdings nicht eine Ausdehnung des Sonderkündigungsschutzes nach § 85 SGB IX; denn nach § 2 Abs. 3 ADG-E wird die Geltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften, die dem Schutz bestimmter Personengruppen dienen, nicht berührt. Nach Absatz 4 gelten damit für behinderte Menschen ohne Schwerbehinderung und Gleichstellung „vorrangig die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes“. Ist jedoch im Einzelfall die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber wegen der Behinderung erklärt worden, so ist das eine nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 ADG-E unzulässige „Maßnahme bei Beendigung ... eines Beschäftigungsverhältnisses“. Erweitert wird der Schutz auch in § 3 Abs. 3 ADG-E im Hinblick auf Belästigungen, die als unerwünschte Verhaltensweisen definiert werden, wenn sie

⁴² EuGH v. 18.12.1997 - C-129/96 - NJW 1998, 2809.

⁴³ Schiek, NZA 2004, 873, 884.

⁴⁴ BT-Drs. 15/4538.

mit der Behinderung in Zusammenhang stehen, so dass die Würde der behinderten Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. § 5 stellt klar, dass **positive Maßnahmen** zu Gunsten der behinderten Beschäftigten zulässig sind, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile verhindert oder ausgeglichen werden sollen.

- 15.1** Von der Herauslösung des Diskriminierungsschutzes aus § 81 Abs. 2 SGB IX sollte Abstand genommen werden. Die Norm steht dort innerhalb einer zusammenhängenden Regelung. Dieser Zusammenhang sollte gewahrt bleiben. Überarbeitungsbedürftig ist allein der in § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX missverständlich verwandte Begriff der Glaubhaftmachung. Er bezieht sich nach der Auslegung der Rechtsprechung nicht auf das Beweismittel im Sinne von § 294 ZPO, sondern auf das erforderliche Beweismaß. Der abgelehnte behinderte Bewerber, der eine Entschädigung wegen Benachteiligung bei der Einstellung verlangt, kann eine Beweislastverschiebung herbeiführen. Voraussetzung ist, dass er Hilfsfakten darlegt und ggf. unter Beweis stellt, die eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderteneigenschaft vermuten lassen. Die vom Anspruchsteller zu beweisenden Tatsachen müssen somit einen Schluss auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die behauptete Benachteiligung wegen der Behinderung zulassen (BAG v. 15.02.2005 - 9 AZR 635/03 - AP Nr. 7 zu § 81 SGB IX). Das BAG hat eine derartige Vermutung als begründet angesehen, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung entgegen § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX nicht über die eingegangene Bewerbung eines bestimmten schwerbehinderten Menschen unterrichtet hat.

Aktualisierung vom 13.12.2005

B. Die geschützten behinderten Menschen

I. Schwerbehinderte Menschen

- 16** Als schwerbehinderte Menschen werden Personen mit einem Grad der Behinderung von mindestens 50 geschützt, sofern sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihren Arbeitsplatz im Sinne von § 73 SGB IX rechtmäßig in der Bundesrepublik Deutschland haben (§ 2 Abs. 2 SGB IX). Die deutsche Staatsangehörigkeit ist nicht erforderlich. Für den rechtmäßigen Aufenthalt genügt die Duldung eines Ausländers.⁴⁵ Der im Gesetz vorausgesetzte territoriale Bezug ist europarechtlich umstritten.⁴⁶

1. Behinderungsbegriff

- 17** Behindert ist derjenige, dessen **körperliche** Funktion, **geistige** Fähigkeit oder **seelische** Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und dessen Teilhabe am Leben in der Gesellschaft daher beeinträchtigt ist (§ 2 Abs. 1 SGB IX). Die Vorschrift grenzt den Personenkreis ab, für den die in § 1 SGB IX umschriebenen Ziele und damit die Regelungen des Neunten Buches insgesamt von Bedeutung sind.
- 18** Der zweistufige Behinderungsbegriff erfasst die **Abweichung vom alterstypischen Zustand** eines Menschen in Bezug auf körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit. Unter dem „für das jeweilige Lebensalter (un)typischen Zustand“ ist der Verlust oder die Beeinträchtigung

⁴⁵ BSG v. 01.09.1999 - B 9 SB 1/99 R - ZfS 1999, 338.

⁴⁶ Siehe Rn. 10.

von normalerweise vorhandenen körperlichen Funktionen, geistigen Fähigkeiten oder von seelischer Gesundheit zu verstehen. Die voraussichtliche **Mindestdauer der Beeinträchtigung** beträgt wie schon im SchwbG sechs Monate. Ist eine entsprechende Beeinträchtigung zwar noch nicht vorhanden, aber zu erwarten, ist von einer drohenden Behinderung auszugehen, auch wenn sie durch geeignete Maßnahmen noch vermieden werden kann (§ 2 Absatz 2 Satz 2). Die zweite Komponente des in § 2 Absatz 1 Satz 1 verwandten Behindertenbegriffs bilden die auf Abweichungen vom alterstypischen Zustand beruhenden Beeinträchtigungen der Teilhabe am Leben in der Gesellschaft. Das entspricht der „Internationalen Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit“ (ICF). Diese orientiert sich nicht mehr an wirklichen oder vermeintlichen Defiziten, sondern rückt das Ziel der Teilhabe an den verschiedenen Lebensbereichen in den Mittelpunkt.⁴⁷

2. Der nach AHP zu ermittelnde Grad der Behinderung

- 19** Die Auswirkung der Funktionsbeeinträchtigung wird nach dem **Grad der Behinderung (GdB)** bemessen. Der Gesamt-GdB wird nach Zehnergraden, von 20 bis 100 abgestuft, festgestellt (§ 69 Abs. 1 Satz 3 SGB IX). Für das Vorliegen einer Schwerbehinderung muss wenigstens ein GdB von **50** vorliegen.
- 20** Der GdB besagt wenig über die konkrete Leistungsfähigkeit des Behinderten. Er unterscheidet sich daher von der früher gebräuchlichen Messung nach der Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE). Zwar steht nach der älteren Rechtsprechung die Beeinträchtigung im allgemeinen Erwerbsleben im Vordergrund.⁴⁸ Der Gesamt-GdB soll aufgrund einer Gesamtwürdigung der Auswirkungen der verschiedenen Funktionsbeeinträchtigungen in allen Lebensbereichen, ihrer wechselseitigen Beziehungen sowie ihrer Überschneidungen gebildet werden.⁴⁹ Die Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft sind nach dem Ausmaß des Abweichens von dem für das Lebensalter typischen Zustand der körperlichen Funktion, geistigen Fähigkeit oder seelischen Gesundheit **unabhängig von ihren Ursachen** zu bemessen.
- 21** 1996 hatte das damals zuständige Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (BMA) „Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertengesetz“ (AHP) erstellt. Das nach der Teilung des BMA zuständig gewordene Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung hat **zum 01.05.2004 die Anhaltspunkte neu gefasst**. Sie führen jetzt die Bezeichnung „Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertenrecht (Teil 2 SGB IX)⁵⁰“. Die AHP enthalten ein geschlossenes Beurteilungsgefüge. Sie sollen deutschlandweit den Versorgungsämtern die Festsetzung des GdB nach einheitlichen Maßstäben ermöglichen. Der Inhalt der AHP wird als antizipiertes Sachverständigengutachten angesehen, das nicht durch ein Einzelfallgutachten widerlegt werden kann.⁵¹ Im Interesse einer gleichmäßigen Behandlung aller Betroffenen sollen sie nur einer Evidenzkontrolle durch die Gerichte zugänglich sein, in der sie lediglich an den gesetzlichen Vorgaben gemessen werden, denen von der Rechtsprechung des BSG trotz

⁴⁷ Haines in: LPK-SGB IX, § 2 Rn. 10; das BSG sieht darin keine Abkehr von der bisherigen Praxis der GdB-Feststellung: BSG v. 07.11.2001 - B 9 SB 1/01 R - VersorgVerw 2002, 26.

⁴⁸ Vgl. BSG v. 15.03.1979 - 9 RVs 6/77 - BSGE 48, 82, 83 = SozR 3870 § 3 Nr. 4.

⁴⁹ Vgl. BSG v. 16.03.1994 - 9 RVs 6/93 - SozR 3-3870 § 4 Nr. 9 und BSG v. 13.12.2000 - B 9 V 8/00 R - SozR3-3870 § 4 Nr. 28.

⁵⁰ Herausgegeben vom BMGS, Berlin 2004; abrufbar als download unter www.bmgs.bund.de.

⁵¹ LSG Mainz v. 01.12.2003 - L 4 SB 74/03 - Breith 2004, 294-296.

fehlender gesetzlicher Ermächtigung rechtsnormähnliche Qualität zuerkannt wird.⁵² Bestehen Zweifel an der Aktualität der AHP, etwa weil eine ernst zu nehmende Stimme eine abweichende Auffassung vertritt, so haben die Sozialgerichte diesen nachzugehen. Gegenüber den Gerichten muss dann der Ärztliche Sachverständigenbeirat beim BMGS die seiner Beurteilung zugrunde liegenden Erwägungen und wissenschaftlichen Erkenntnisse vollständig offen legen. Denn die in den einschlägigen AHP-Regeln liegenden „antizipierten Sachverständigengutachten“ sind überprüfbar.⁵³

3. Das versorgungsamtliche Feststellungsverfahren

22 Die Behinderung und der Grad der Behinderung werden in einem besonderen Verwaltungsverfahren festgestellt. Sachlich zuständig sind nach § 69 Abs. 1 Satz 1 SGB IX die aufgrund des Bundesversorgungsgesetzes von den Ländern errichteten Versorgungsämter. Nach dem durch die Novelle vom 23.04.2004 neu eingefügten Satz 7 können die Länder auch anderen Behörden diese Aufgabe zuweisen.

a. Örtliche Zuständigkeit

23 Örtlich zuständig ist nach § 3 VfG-KOV das Versorgungsamt, in dessen Bezirk der Antragsteller sich aufhält oder wohnt.

b. Antragsbefugnis

24 Die Feststellung wird nur **auf Antrag** des schwerbehinderten Menschen getroffen (§ 69 Abs. 5 SGB IX). Der Arbeitgeber kann den Antrag nicht stellen.⁵⁴ Er hat auch keine sonstigen Beteiligungsrechte.

c. Amtsermittlung

25 Das Amt ermittelt von Amts wegen auf der Grundlage vorliegender medizinischer Feststellungen (§§ 20, 21 SGB X). Festgestellt wird die Tatsache, dass eine (unbenannte, dauerhafte) Behinderung als denknotwendige Voraussetzung für die Feststellung ihres Grades besteht.⁵⁵

d. Feststellungsfähige Behinderungen

26 Eine Behinderung ist auch dann **festzustellen**, wenn ihr Grad weniger als **50** beträgt und damit noch keine **Schwerbehinderung** vorliegt. Beträgt ihr Grad wenigstens 30, so ist die Behinderung schon deshalb festzustellen, weil er nach § 68 Abs. 2 Satz 1 SGB IX persönliche Voraussetzung für die **Gleichstellung** des leichter behinderten Menschen mit schwerbehinderten Menschen ist. Nach § 69 Abs. 1 SGB IX sind Behinderungen festzustellen, deren Grad **wenigstens 20** beträgt. Behinderungen noch geringeren Grades sind rechtlich als so geringfügig eingeordnet, dass sie nicht festgestellt werden.

27 Ein erneutes **Feststellungsverfahren** hat nach § 69 Abs. 2 SGB IX zu unterbleiben, wenn die Behinderung und der Grad einer auf ihr beruhenden Erwerbsminderung (MdE) in einem **Rentenbescheid** oder in einer **Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidung** festgestellt sind. Denn das Versorgungsamt ist an anderweitig getroffene Feststellungen auch dann gebunden, wenn nicht der GdB, sondern ein Hundertsatz der MdE festgestellt ist. Die Feststellung der MdE gilt nach

⁵² BSG v. 23.06.1993 - 9/9a RVs 1/91 - BSGE 72, 285 = SozR 3-3870 § 4 Nr. 6; BSG v. 09.04.1997 - 9 RVs 4/95 - SozR 3-3870 § 4 Nr. 19; BSG v. 18.09.2003 - B 9 SB 3/02 R, B 9 SB 6/02 R - SGB 2004, 378 = ZfS 2003, 337; zur Verfassungskonformität vgl. BVerfG v. 06.03.1995 - 1 BvR 60/95 - SozR 3-3870 § 3 Nr. 6.

⁵³ BSG v. 18.09.2003 - B 9 SB 3/02 R - BSGE 91, 205 = SGB 2004, 378.

⁵⁴ Vgl. BSG v. 22.10.1986 - 9 a RVs 3/84 - AP Nr. 1 zu § 3 SchwBG; BVerwG v. 21.10.1987 - 5 C 42/84 - NZA 1988, 431.

⁵⁵ LSG Bayern v. 01.07.2000 - L 18 B 139/00 SB.

§ 69 Abs. 2 Satz 2 SGB IX **zugleich** als Feststellung des **GdB**. Auch diese anderweitig getroffenen Feststellungen berechtigen den schwerbehinderten Menschen, einen Ausweis nach Absatz 5 zu beantragen.⁵⁶

- 28** Das in § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB IX geregelte Feststellungsverbot gilt nach der Rechtsprechung nicht für **Bescheide** der Rentenversicherungsträger über **Erwerbs- oder Berufsunfähigkeitsrenten** oder über **Renten** wegen **Erwerbsminderung**⁵⁷. Denn für diese Rentenbewilligungen treffen die Rentenversicherungsträger keine Feststellungen über den Grad einer Erwerbsminderung, so dass keine Bindungswirkung eintreten kann. Hier ist also das Feststellungsverfahren nach Absatz 1 durchzuführen.

e. Beschleunigtes Verfahren

- 29** Ist der Antragsteller **erwerbstätig**, so haben nach neuem Recht die Versorgungsämter das Verfahren zu beschleunigen. Dazu sind in § 69 Satz 1 SGB IX nach der vom Bundestag beschlossenen Empfehlung des 13. Ausschusses⁵⁸ der Feststellungsbehörde knappe Fristen gesetzt: „die in § 14 Abs. 2 Satz 2 und 4 sowie § 14 Abs. 5 Satz 2 und 5 (SGB IX) sowie § 60 Abs. 1 des Ersten Buches (bestimmten Fristen) gelten entsprechend.“ Das bedeutet: Soweit kein Gutachten erforderlich ist, beträgt die Frist für die Feststellung der Schwerbehinderung höchstens **drei Wochen**. Nach § 14 Abs. 5 Satz 5 SGB IX sind für einen Gutachterauftrag bis zu zwei Wochen einzuräumen. Ist das Gutachten im Amt eingetroffen, so ist nach § 14 Abs. 2 Satz 4 SGB IX innerhalb von zwei Wochen zu entscheiden. Also ist **spätestens innerhalb von sieben Wochen** zu entscheiden.

f. Rechtsweg

- 30** Gegen ablehnende Entscheidungen, die nach § 36 SGB X mit Rechtsbehelfsbelehrungen zu versehen sind, ist innerhalb eines Monats nach Zustellung (§ 37 SGB X) **Widerspruch** beim Versorgungsamt einzulegen. Die §§ 78, 83 ff. SGG schreiben das Widerspruchsverfahren zwingend vor. Gegen den ablehnenden Widerspruchsbescheid ist innerhalb eines Monats nach dessen Zustellung **Klage** zu erheben, § 87 Abs. 2 SGG. Nach § 51 Abs. 1 Nr. 7 SGG sind die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit zuständig. Gemäß § 85 Abs. 3 Satz 2 SGG hat die Widerspruchsbehörde über das örtlich für die Klage zuständige Sozialgericht und die Klagefrist zu belehren. Da die Feststellung des GdB durch die Behörden der Versorgungsverwaltung zu erfolgen hat, ist die richtige Klageart eine mit der Anfechtung des Verwaltungsaktes einhergehende Verpflichtungsklage. Dabei handelt es sich um einen Sonderfall der Leistungsklage.⁵⁹

4. Der Schwerbehindertenausweis

- 31** Die Feststellung des Vorliegens einer Schwerbehinderung ist **deklaratorischer** Natur. Daher verwendet die Rechtsprechung häufig auch die im Gesetz nicht vorgesehene Bezeichnung „Anerkennung“. Rechte und Pflichten, die sich aus der Schwerbehinderung ergeben, bestehen auch ohne eine Feststellung durch das Versorgungsamt. Wegen des mit der Novelle vom 23.04.2004 eingefügten § 90 Abs. 2a SGB IX gilt das beim Kündigungsschutz nicht mehr uneingeschränkt.⁶⁰

⁵⁶ *Dau* in: LPK-SGB IX, 2. Aufl., § 69 Rn. 30.

⁵⁷ Vgl. BSG v. 08.08.2001 - B 9 SB 5/01 B.

⁵⁸ BT-Drs. 15/2357.

⁵⁹ BSG v. 12.04.2000 - B 9 SB 3/99 R - SozR 3-3870 § 3 Nr. 9.

⁶⁰ Siehe Rn. 50 und Rn. 55.

a. Nachweis

- 32** Der Arbeitnehmer, der sich gegenüber **Dritten** (Arbeitgebern, Finanzverwaltung, Verkehrsunternehmen, Behörden, Sozialversicherungsträgern) auf eine Schwerbehinderung beruft, ist für deren Vorliegen darlegungs- und beweisbelastet. Mit Schwerbehindertenausweis, der nach § 69 Abs. 5 Satz 1 SGB IX auf Antrag des schwerbehinderten Menschen vom Versorgungsamt auszustellen ist, können die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch, der GdB und die weiteren gesundheitlichen Merkmale für die Inanspruchnahme von Nachteilsausgleichen verbindlich **nachgewiesen** werden. Der Ausweis über die Eigenschaft als behinderter Mensch erleichtert dem Arbeitnehmer insbesondere im Kündigungsschutzprozess den Nachweis, ohne die im Feststellungsbescheid aufgeführten Funktionsbeeinträchtigungen offenbaren zu müssen. Das Gesetz verwehrt es dem Arbeitnehmer jedoch nicht, die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch auch auf sonstigem Wege nachzuweisen.

b. Befristung

- 33** Die Gültigkeitsdauer des Ausweises war nach altem Recht zu befristen. Nach der Gesetzesänderung durch die Novelle vom 23.04.2004 soll der Ausweis nur noch regelmäßig befristet werden. Er kann in den Fällen, in denen keine wesentliche Änderung zu erwarten ist, auch **unbefristet** ausgestellt werden (§ 69 Abs. 5 Satz 3 SGB IX, § 6 Abs. 2 Satz 1 und 2 Schwerbehindertenausweisverordnung – SchwbAwV). In der Praxis der Versorgungsämter wird regelmäßig auf längstens 5 Jahre befristet, solange eine Neufeststellung wegen wesentlicher Veränderungen zu erwarten ist.

II. Gleichgestellte behinderte Menschen

- 34** Als gleichgestellte behinderte Menschen werden Personen mit einem Grad der Behinderung (**GdB**) von **mindestens 30**, aber **weniger als 50** geschützt, sofern sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihren Arbeitsplatz rechtmäßig in der Bundesrepublik Deutschland haben **und** sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen **geeigneten Arbeitsplatz nicht erlangen oder nicht behalten können** (§ 2 Abs. 3 SGB IX).

1. Personenbezogene Voraussetzungen

- 35** Erforderlich für die Gleichstellung ist ein Grad der Behinderung von **mindestens 30**. An die versorgungsamtliche Feststellung des GdB ist die Agentur für Arbeit **gebunden**.

2. Arbeitsplatzbezogene Voraussetzungen

- 36** Mit der Gleichstellung sollen behinderungsbedingte Nachteile ausgeglichen werden, die darin bestehen, dass der behinderte Mensch wegen seiner Behinderung einen geeigneten Arbeitsplatz im Sinne von § 73 SGB IX gar nicht erst erlangen (Vermittlungerschwernis) oder ihn nicht behalten (Sicherungerschwernis) kann. Nach § 73 Abs. 3 SGB IX gelten Stellen, auf denen Arbeitnehmer weniger als 18 Stunden wöchentlich beschäftigt werden, nicht als Arbeitsplätze. Daher kann eine Gleichstellung nur beanspruchen, wer mindestens 18 Stunden wöchentlich beschäftigt wird. Entsprechendes gilt nach der Novelle vom 23.04.2004 auch für Personen, die Elternzeit oder Alterszeit in der Freistellungsphase in Anspruch nehmen; denn nach § 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB IX werden sie nicht auf einem Arbeitsplatz beschäftigt.
- 37** Ein **Vermittlungerschwernis** wegen der Behinderung besteht auch für behinderte Menschen, die bereits einen Arbeitsplatz haben, wenn dieser nicht behinderungsgerecht ist. Arbeitslosigkeit ist nicht erforderlich.⁶¹

⁶¹ Vgl. *Schimanski* in: GK-SchwBG, § 2 Rn. 23 mit weiteren Beispielen Rn. 25-28, 30-31.

38 Ein **Sicherungserschwerenis** kann nur auf einem geeigneten Arbeitsplatz bestehen. Der Arbeitsplatz muss gefährdet sein, weil der Behinderte in der Konkurrenz mit den nichtbehinderten Belegschaftsmitgliedern seinen Arbeitsplatz zu verlieren droht. Beispiele: innerbetriebliche Rationalisierungsmaßnahmen, wenn der Behinderte die ihm danach voraussichtlich zufallenden Arbeiten behinderungsbedingt nicht ausführen können; außerbetrieblich veranlasste Kündigungen gegenüber minderleistungsfähigen Arbeitnehmern; Änderungen im Arbeitsablauf, die ein erhöhtes Arbeitstempo erfordern, das der Behinderte nicht mehr durchhält.⁶²

3. Gleichstellungsverfahren

39 Die Gleichstellung eines Arbeitnehmers mit einem schwerbehinderten Menschen erfolgt durch die Agentur für Arbeit (§ 68 Abs. 2 Satz 1 SGB IX). Zuständig ist die örtliche Agentur für Arbeit, in deren Bezirk der Behinderte seinen Wohnsitz, Aufenthalt oder Arbeitsplatz hat. Diese wird nur **auf Antrag** des Arbeitnehmers tätig (§ 2 Abs. 3, § 69 Abs. 1 SGB IX). Der Antrag ist **formfrei**.⁶³ Das **Verwaltungsverfahren** ist, ohne an bestimmte Formen gebunden zu sein, einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen (§ 9 SGB IX). Der nach § 69 Abs. 1 Satz 1 SGB IX seit dem 01.05.2004 für das Feststellungsverfahren geltende Beschleunigungsgrundsatz ist nicht anwendbar.

40 In der Regel nimmt der zuständige Sachbearbeiter bereits das Datum der telefonischen Anfrage auf, sofern das von ihm darauf versandte Antragsformular vom Antragsteller alsbald ausgefüllt zurückgesandt wird. Der Arbeitgeber kann den Antrag nicht stellen.⁶⁴ Er ist jedoch am Verfahren zu **beteiligen** (§ 12 Abs. 2 Satz 2 SGB IX).⁶⁵ Denn er wird von der Gleichstellung als **Dritter betroffen**. Er wird begünstigt, sofern der gleichgestellte Arbeitnehmer auf die Pflichtquote (§ 71 SGB IX) anzurechnen ist und der von ihm besetzte Arbeitsplatz bei nichterfüllter Pflichtquote die Ausgleichsabgabe (§ 77 SGB IX) mindert. Er wird zugleich durch den qualifizierten Kündigungsschutz (§§ 85 ff. SGB IX) und durch den Anspruch des gleichgestellten Arbeitnehmers auf Freistellung von Mehrarbeit (§ 124 SGB IX) belastet. Ihm kommt dennoch nach der Rechtsprechung **keine Widerspruchsbefugnis** zu; denn auch bei rechtswidriger Gleichstellung wird nicht gegen eine Norm verstoßen, die den Arbeitgeber schützt.⁶⁶

4. Wirkung der Gleichstellung

41 Der Gleichstellungsbescheid wirkt auf den Tag des Antragsingangs zurück (§ 68 Abs. 2 Satz 2 SGB IX). Die Gleichstellung erfolgt regelmäßig auf **unbestimmte Zeit**, sie kann aber auch **befristet** werden. Die Gleichstellungsentscheidung macht behinderte Menschen rechtlich nicht zu schwerbehinderten Menschen. Sie begründet als konstitutiver Verwaltungsakt⁶⁷ für sie, bezogen auf den Teil 2 des SGB IX, nahezu denselben Schutz wie für schwerbehinderte Menschen. Ausgenommen ist nach § 68 Abs. 3 SGB IX insbesondere der Anspruch auf Zusatzurlaub (§ 125 SGB IX).

42 Steht die Kündigung unmittelbar bevor oder ist sie schon ausgesprochen, so ist das kein Grund, die Gleichstellungsentscheidung zu versagen. Zwar wird eine Gleichstellung erst mit ihrer Bekanntgabe wirksam. Da aber § 2 Abs. 2 SGB IX die Rückwirkung auf den Tag des Eingangs des Antrags bei der Agentur für Arbeit anordnet, bleibt eine vorher ausgesprochene Kündigung von der Wirkung

⁶² Schimanski in: GK-SchwB, § 2 Rn. 44.

⁶³ Dau in: LPK-SGB IX, § 68 Rn. 6.

⁶⁴ Vgl. BSG v. 22.10.1986 - 9a RVs 3/84 - AP Nr. 1 zu § 3 SchwB; BVerwG v. 21.10.1987 - 5 C 42/84 - NZA 1988, 431.

⁶⁵ Dau in: LPK-SGB IX, § 68 Rn. 7; vgl. zur Beteiligung des Arbeitgebers: Dienstblatt der Bundesanstalt für Arbeit, RdErl. 1978, Nr. 15.

⁶⁶ BSG v. 19.12.2001 - B 11 AL 57/01 R - NZA 2002, 664.

⁶⁷ Vgl. BSG v. 02.10.1986 - 9 a RVs 3/84 - AP Nr. 1 zu § 3 SchwB.

der Gleichstellung nicht unberührt. Eine nach Antragseingang erklärte Arbeitgeberkündigung ist wegen der nach § 85 SGB IX erforderlichen Zustimmung bis zur Bekanntgabe der Gleichstellungsentscheidung schwebend unwirksam.⁶⁸ Erfolgt die Gleichstellung, ist die Kündigung unwirksam, ansonsten wird sie endgültig wirksam. Die Gesetzesänderung vom 23.04.2004 hat für das Gleichstellungsverfahren (§ 68 Abs. 2 SGB IX) entgegen der Ansicht der Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen (BIH) insoweit keine Änderung bewirkt. Sie lässt in § 90 Abs. 2a SGB IX nur den Beginn des Schutzes für Antragsteller im Verfahren auf Feststellung einer Schwerbehinderung (§ 69 Abs. 1 SGB IX) zeitlich später beginnen.⁶⁹ Die Praxis mancher Agenturen für Arbeit, eine Gleichstellungsentscheidung wegen des „schwebenden Kündigungsverfahrens“ und aus „Neutralitätsgründen“ zu versagen, ist offensichtlich rechtswidrig.

III. Behinderte und von Behinderung bedrohte Personen

- 43** § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX definiert Behinderte als Menschen, bei denen Behinderungen vorliegen, ohne dass sie schwerbehindert oder gleichgestellt sind. § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB IX enthält eine Bestimmung des Kreises der Personen, die als „von Behinderung bedroht“ anzusehen sind. Die nach ärztlicher Einschätzung zu erwartende Beeinträchtigung setzt die Abweichung vom altersstypischen Zustand eines Menschen in Bezug auf körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit und darauf beruhende Nachteile bei der Teilhabe am Leben in der Gesellschaft voraus. Da Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft nach Teil 1 Kapitel 7 des SGB IX und sonstige Hilfen nur bei eingetretener Behinderung erbracht werden, findet keine Gleichstellung der von Behinderten oder von Behinderung Bedrohten mit Behinderten oder Schwerbehinderten statt. Ob bei Vorliegen einer (drohenden oder bereits eingetretenen) Behinderung die Leistungsvoraussetzungen für Reha-Maßnahmen erfüllt sind, bestimmt sich nach dem für den jeweiligen Rehabilitationsträger geltenden Leistungsgesetz (entsprechend § 7 SGB IX).
- 44** Arbeitsrechtlich ist die Personengruppe der behinderten und von Behinderung bedrohten Menschen seit dem 01.05.2004 im SGB IX nicht mehr von Bedeutung. Nach § 84 Abs. 2 SGB IX a.F. war bei langandauernden Erkrankungen zur Vermeidung von Kündigungen der Betriebsrat und die Gemeinsame Servicestelle (§ 22 SGB IX) einzuschalten. Seit dem 01.05.2004 ist mit der Neufassung durch das Gesetz vom 23.04.2004 auch der Geltungsbereich ausgeweitet: § 84 Abs. 2 SGB IX erfasst jetzt **alle Beschäftigten** – gleich ob behindert oder nicht behindert –, sobald sie länger als sechs Wochen arbeitsunfähig krank sind.
- 45** An anderer Stelle hat der Gesetzgeber die behinderten Menschen als schutzbedürftig angesehen. So hat bei der Ausübung seines Weisungsrechts der Arbeitgeber nach § 106 Satz 3 HGB auf Behinderungen Rücksicht zu nehmen. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verbietet jede Benachteiligung „wegen Behinderung“. Diese Wertung des GG ist bei der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe, wie z.B. bei der Bestimmung des rechtlich anzuerkennenden Interesses des Arbeitgebers an der Zulässigkeit einer Frage nach dem Vorliegen einer Behinderung, von dem nach Artikel 1 Absatz 3 an die Grundrechte gebundenen Richter zu beachten.

⁶⁸ *Etzel* in: KR, vor §§ 85-92 SGB IX Rn. 23, 24. Dem schließe ich mich an. Meine in *Hümmerich/Spirolke*, Das arbeitsrechtliche Mandat, § 7 Rn. 363 vertretene abweichende Auffassung gebe ich auf. A.A. *Zirnbauer* in: HWK, §§ 85-92 SGB IX Rn. 19.

⁶⁹ Siehe Rn. 55 ff.

IV. Die während der Berufsausbildung gleichgestellten behinderten Menschen

- 46 Seit dem 01.05.2004 werden behinderte Jugendliche und junge Erwachsene während der Zeit einer Berufsausbildung in Betrieben und Dienststellen schwerbehinderten Menschen gleichgestellt, auch wenn der festgestellte GdB weniger als 30 beträgt oder die Feststellung eines GdB noch fehlt. Das beruht auf der Anfügung des Absatz 4 in § 68 SGB IX durch die Novelle vom 23.04.2004.
- 47 Für den Begriff der „**Berufsausbildung**“ sind die Definitionen in den §§ 1, 3 BBiG maßgebend. Danach ist Auszubildender, wer aufgrund eines Ausbildungsvertrages vom Ausbildenden zu seiner Berufsausbildung eingestellt und beschäftigt wird. Personen, die zu ihrer „beruflichen Bildung“ beschäftigt werden (§ 19 BBiG) gehören nicht dazu. Damit sind insbesondere Umschüler, Praktikanten und Volontäre ausgenommen.
- 48 Ob eine Behinderung vorliegt, ist nach § 2 Abs. 1 SGB IX zu beurteilen. In Absatz 4 Satz 2 ist ausdrücklich geregelt, dass es nicht des versorgungsamtlichen Feststellungsverfahrens nach Absatz 1 bedarf. Für den Nachweis der Behinderung genügt eine Stellungnahme der Agentur für Arbeit oder deren Bescheid darüber, dass für die betreffende Person Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben erbracht worden sind.
- 49 Diese besondere Form der Gleichstellung bewirkt keinen arbeitsrechtlichen Schutz. Die besonderen Regelungen für schwerbehinderte Menschen sind nach Satz 4 des neuen Absatzes 4 ausdrücklich ausgeschlossen. Die Wirkung der Gleichstellung erschöpft sich darin, dass die Integrationsämter nach dem ebenfalls neu eingefügten § 102 Abs. 3 Nr. 2 lit. c SGB IX den Arbeitgebern für die Berufsausbildung dieser Personen Prämien und Zuschüsse gewähren können.

C. Einschränkung des Kündigungsschutzes

I. Wegfall des Zustimmungserfordernisses für Kündigung vor Behinderungsfeststellung?

- 50 Die Kündigung einer schwerbehinderten Arbeitnehmerin oder eines schwerbehinderten Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber kann nur erfolgen, wenn das Integrationsamt (früher: Hauptfürsorgestelle) der Kündigung zuvor zugestimmt hat (§ 85 SGB IX). Eine ohne vorherige Zustimmung ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

1. Antrag des Arbeitgebers

- 51 Das Verfahren im Kündigungsschutz wird auf Antrag des Arbeitgebers eingeleitet. Ziel ist es, den Sachverhalt objektiv zu ermitteln und unter Abwägung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers und des schwerbehinderten Menschen zu entscheiden. Der Antrag ist **schriftlich** zu stellen. Er muss vom Arbeitgeber oder seinem Bevollmächtigten eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet sein (§ 126 Abs. 1 BGB). Ein zulässiger Antrag auf **Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung** kann nur innerhalb von **zwei Wochen** seit Kenntnis des Arbeitgebers von den maßgebenden Tatsachen beim Integrationsamt gestellt werden (§ 91 Abs. 2 SGB IX).

2. Nachweis als Voraussetzung des Sonderschutzes

52 Ist das Integrationsamt zuständig, prüft es zunächst, ob die Schwerbehinderteneigenschaft oder Gleichstellung des Arbeitnehmers vorliegt. Standen Entscheidungen des Versorgungsamts oder des Arbeitsamts noch aus, hatte es nach altem Recht das Verfahren **auszusetzen**.⁷⁰ Das Bundessozialgericht ließ allerdings auch eine Entscheidung unter Vorbehalt zu.⁷¹ Ob diese Grundsätze auch für das ab 01.05.2004 geänderte Recht gelten, ist wegen des neu eingefügten § 90 Abs. 2a SGB IX zweifelhaft. Die Integrationsämter sind an einem schnellen Verfahren interessiert, zumal sie bei ordentlichen Kündigungen an die Monatsfrist des § 88 Abs. 1 SGB IX und bei außerordentlichen Kündigungen an die Zweiwochenfrist des § 91 Abs. 3 SGB IX gebunden sind. Es ist daher nicht überraschend, dass sie sich auf folgende Grundsätze geeinigt haben⁷²:

„Soweit der besondere Kündigungsschutz zum Zeitpunkt der Entscheidung durch das Integrationsamt nicht besteht, wird im Verfahren ein sog. Negativattest erteilt. Dieses Negativattest hat im Zweifelsfall die Wirkung einer erteilten Zustimmung und berechtigt den Arbeitgeber damit zunächst zur Kündigung. Vor dem Hintergrund des klaren Wortlautes von § 90 Abs. 2a SGB IX n.F. und dem mit der Bestimmung verfolgten Zweck – Vermeidung von Missbrauchstatbeständen – wird ein Negativattest auch in den Fällen erteilt, in denen der betroffene Beschäftigte durch Ablauf der einschlägigen Bearbeitungsfristen beim Versorgungsamt in den besonderen Kündigungsschutz hineinwachsen kann und zum nachfolgenden Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ggf. den besonderen Kündigungsschutz genießt.“

53 Ob das rechtens ist, bedarf der gerichtlichen Klärung. Das Verfahren der Negativattesterteilung ist allerdings nicht neu. Dieses Attest hat dieselbe **Wirkung** wie eine **Zustimmungserklärung**.⁷³ Das bestandskräftige Negativattest beseitigt die Kündigungssperre auch dann, wenn sich später herausstellt, dass der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung schwerbehindert war.⁷⁴

54 Die im laufenden Gesetzgebungsverfahren auf Vorschlag des Bundesrats eingebrachte Einschränkung des Kündigungsschutzes⁷⁵ entspricht der Auffassung der Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen (BIH)⁷⁶: „In diesem Bereich wird durch entsprechende Beratung von Anwälten ein zunehmender Missbrauch betrieben, wenn Arbeitnehmer vorsorglich ein in der Regel aussichtsloses Anerkennungsverfahren einleiten, das nur den Zweck hat, die Regelungen über den Sonderkündigungsschutz für die Zeit dieses Verfahrens nutzen zu können. Beispielhaft sei auf die Praxis einiger Anwälte hingewiesen, die für ihre Mandanten per Fax zeitgleich Anträge auf Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft/des Grades der Behinderung – zumeist ohne jegliche gesundheitliche Begründung – an das Versorgungsamt und auf Gleichstellung an das Arbeitsamt richten.“ Gewünscht wurde eine Regelung, nach der es der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts erst dann bedürfe, wenn der behinderte Mensch bereits vor Zugang der Kündigung vom Versorgungsamt die „Anerkennung als schwerbehinderter Mensch“ erhalten habe. Das war dem Gesetzgeber zu weitgehend. Herausgekommen ist ein Kompromiss:

⁷⁰ Vgl. BAG v. 30.06.1983 - 2 AZR 10/82 - AP Nr. 11 zu § 12 SchwbG.

⁷¹ Vgl. BVerwG v. 15.12.1988 - NZA 1989, 554; a.A. *Großmann* in: GK-SchwB, § 18 Rn. 38.

⁷² *Westers*, Behindertenrecht 2004, 93, 95.

⁷³ BAG v. 27.05.1983 - 7 AZR 482/81 - AP § 12 SchwbG Nr. 12.

⁷⁴ A.A. *Etzel* in: KR, 6. Aufl., §§ 15 bis 20 SchwbG Rn. 57; jetzt aufgegeben *Etzel* in: KR, vor §§ 85-92 SGB IX Rn. 57.

⁷⁵ BR-Drs. 746/2/03.

⁷⁶ Stellungnahme der BIH vom 30.10.2003 zu dem Gesetzesentwurf vom 21.10.2003, BT-Drs. 15/1783.

Die Zustimmung ist nicht erforderlich, „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 1 eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte“. Sicher ist: Streitigkeiten über die Auslegung dieser komplizierten Regelung werden die Arbeits- und Verwaltungsgerichtsbarkeit längere Zeit beschäftigen.

- 55** Nach der 1. Alternative des § 90 Abs. 2a SGB IX muss der Arbeitgeber die Zustimmung beantragen, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch „**nachgewiesen**“ ist. Zwar wird nach § 69 Abs. 5 SGB IX unter Nachweis der Schwerbehindertenausweis verstanden. Der behördliche Kündigungsschutz soll aber erklärtermaßen schon vor der Ausstellung des Ausweises beginnen. Das Wort Nachweis darf hier nicht wörtlich genommen werden. Der beschlossene Änderungsantrag enthält dazu in seiner Begründung, der Nachweis über die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch könne „durch einen Feststellungsbescheid nach § 69 Abs. 1 erbracht“ werden, und „diesem Bescheid stehen Feststellungen nach § 69 Abs. 2 gleich“⁷⁷. Unerheblich ist, dass in den nach § 69 Abs. 2 SGB IX gleichgestellten Rentenbescheiden kein GdB, sondern nur die Minderung der Erwerbsfähigkeit festgesetzt ist.⁷⁸
- 56** Nach dem Wortlaut des § 90 Abs. 2a HS. 2 SGB IX findet der besondere Kündigungsschutz keine Anwendung, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass der besondere Kündigungsschutz schon dann Geltung haben soll, wenn nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX eine Feststellung aus Gründen, die nicht auf einer fehlenden Mitwirkung beruhen, getroffen werden konnte. So sieht es auch die erstinstanzliche Rechtsprechung.⁷⁹

3. Zustimmungserfordernis bei Offenkundigkeit der Schwerbehinderung

- 57** Die behördliche Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft und ihres Grades ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entbehrlich bei Offenkundigkeit, wie z.B. Blindheit, Kleinwuchs oder Verlust von Gliedmaßen.⁸⁰ Offenkundig muss dabei nicht nur das Vorliegen einer oder mehrerer Behinderungen sein, sondern auch, dass der Grad der Behinderung auf wenigstens 50 im Feststellungsverfahren nach der GdB-Tabelle in den ärztlichen Anhaltspunkten festgesetzt würde. Diese Rechtsprechung hat das Gesetz vom 23.04.2004 in seinen Regelungsplan aufgenommen.⁸¹ In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird nämlich als Voraussetzung für die Ausnahme von der Anwendung der §§ 85 ff. SGB IX angegeben, es dürfe im Fall des fehlenden Nachweises eine Schwerbehinderung auch „nicht offenkundig“ sein. Dem ist das Schrifttum gefolgt.⁸²

4. Zustimmungserfordernis bei objektiv vorliegender Schwerbehinderung

- 58** Im Schrifttum ist verlangt worden, den Beginn des Sonderschutzes des schwerbehinderten Menschen bereits mit dem objektiven Beginn des Vorliegens der Schwerbehinderung zu verknüpfen.⁸³ Das hat das BAG bisher als zu weitgehend abgelehnt. Es hat das geltende Recht zwar insoweit

⁷⁷ BT 13. Ausschuss Drs. 0423 zu Art. 1 Nr. 21a; BT-Drs. 15/2357, S. 24.

⁷⁸ Cramer, NZA 2004, 698, 704.

⁷⁹ ArbG Kassel v. 19.11.2004 - 3 Ca 323/04; ArbG Bonn v. 25.11.2004 - 7 Ca 2459/04 - dbr 2005, Nr. 6, 41; ArbG Düsseldorf v. 29.10.2004 - 13 Ca 5326/04 - dbr 2005, Nr. 6, 42.

⁸⁰ BAG v. 28.06.1995 - 7 AZR 555/94 - AP § 59 BAT Nr. 6.

⁸¹ BT-Drs. 15/2357, S. 24.

⁸² Düwell, BB 2004, 2811, 2812; Grimm/Brock/Windeln, DB 2005, 282, 284.

⁸³ Etzel in: KR, vor §§ 85-92 SGB IX Rn. 23.

als „lückenhaft“ angesehen, weil eine Regelung für die Zeit vor Feststellung der Schwerbehinderung fehle. Es hat aber aus „Praktikabilitätsaspekten und aus Gründen der Rechtssicherheit“ gefordert⁸⁴, der Schwerbehinderte müsse zumindest einen Anerkennungsantrag beim Versorgungsamt gestellt haben⁸⁵. Nur ausnahmsweise könne der Sonderkündigungsschutz bereits vor Antragstellung des Schwerbehinderten beim Versorgungsamt eingreifen. Diese Ausnahme hat es nur für den Fall akzeptiert, dass der schwerbehinderte Arbeitnehmer den Arbeitgeber vor dem Ausspruch der Kündigung über seine körperlichen Beeinträchtigungen informiert und über die beabsichtigte Antragstellung in Kenntnis gesetzt hat. Nach der Einfügung des § 90 Abs. 2a SGB IX ist die Fortführung dieser Rechtsprechung bedenklich geworden. Zwar ist der Bundesrat mit seinem Verlangen gescheitert, generell den Schutzbeginn auf den Zeitpunkt zurückzudrängen, zu dem der schwerbehinderte Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Schwerbehinderung durch Vorlage des Ausweises nachweist (siehe Rn. 52 ff). Daraus kann aber nicht auf eine Ausweitung des Schutzes geschlossen werden. Nach der Gesetz gewordenen Zielsetzung des Entwurfs soll der Kündigungsschutz wegen der als missbräuchlich empfundenen Praxis, kurzfristig vor Zugang der Kündigung noch den Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderung zu stellen, eingeschränkt werden. Unberührt von dieser Einschränkung sollte ausschließlich der Fall der offensichtlichen Schwerbehinderung bleiben. Daher kann nur in diesem Ausnahmefall für den Beginn des Kündigungsschutzes auf einen Zeitpunkt vor Antragstellung abgestellt werden. Das ist auch in den Ausschussberatungen klaggestellt worden. Daher ist im Schrifttum zutreffend darauf hingewiesen worden, mit § 90 Abs. 2a SGB IX sei die vom BAG angenommene Lücke gestopft.⁸⁶ Allerdings wäre es kurzschlüssig, daraus den Schluss zu ziehen, dass jetzt das objektive Vorhandensein einer Schwerbehinderung bei Zugang der Kündigung maßgebend sein soll.

5. Zustimmungserfordernis bei laufendem Feststellungsverfahren

- 59** Ausweislich der in § 90 Abs. 2a SGB IX enthaltenen 2. Alternative soll einem redlichen Antragsteller für die Dauer des Feststellungsverfahrens beim Versorgungsamt der besondere Kündigungsschutz nicht entzogen werden.⁸⁷ Ziel der Gesetzesänderung ist nur der Ausschluss des Falles, „in dem ein in der Regel aussichtsloses Anerkennungsverfahren betrieben wird“⁸⁸. Hintergrund derartiger aussichtsloser Antragstellung ist es, dass so die Verhandlungsposition des Arbeitnehmers im Abfindungspoker gegenüber dem Arbeitgeber erhöht werden kann, weil dieser mangels Beteiligung am Feststellungsverfahren nicht die Erfolgsaussicht beurteilen kann. Nach dem Bericht des Ausschussvorsitzenden Abgeordneten *Hüppe* war es übereinstimmende Auffassung des 13. BT-Ausschusses, für alle Antragsteller den Schutz zu erhalten, in deren Feststellungsverfahren das Versorgungsamt bis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung „ohne ein Verschulden des Antragstellers noch keine Feststellung treffen konnte“⁸⁹.
- 60** Welche Mitwirkungspflichten den Antragsteller treffen, ist in § 60 Abs. 1 bis 3 SGB I geregelt. Der Arbeitgeber, der sich auf die in § 90 Abs. 2a SGB IX geregelte Ausnahme vom Kündigungsverbot des § 85 SGB IX beruft, muss daher in dem vom Arbeitnehmer nach § 4 KSchG anhängig gemachten arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren darlegen, dass bei Zugang der Kündigung das beim

⁸⁴ Dazu von *Maydell*, SAE 1979, 36, 37.

⁸⁵ BAG v. 07.03.2002 - 2 AZR 612/00 - AP Nr. 11 zu § 15 SchwbG 1986 in Bestätigung der ständigen Senatsrechtsprechung, zuletzt: BAG v. 16.08.1991 - 2 AZR 241/90 - AP Nr. 2 zu § 15 SchwbG 1986.

⁸⁶ *Kohte*, jurisPR ArbR 33/2004, Anm. 6 zu LAG Hamm v. 16.10.2003 - 8 (12) Sa 471/03.

⁸⁷ *Düwell*, BB 2004, 2811, 2812, ebenso ArbG Kassel v. 19.11.2004 - 3 Ca 323/04.

⁸⁸ BT-Drs. 15/2357, S. 24.

⁸⁹ BT-Drs. 15/2357, S. 24.

Versorgungsamt laufende Feststellungsverfahren deshalb noch nicht beendet war, weil der Arbeitnehmer seine Mitwirkungspflicht schuldhaft verletzt hatte.⁹⁰ Das ist dem Arbeitgeber, der nicht am Feststellungsverfahren beteiligt ist, ohne Auskunft des Versorgungsamtes nicht möglich. Eine Auskunftspflicht des Versorgungsamtes besteht nicht.⁹¹

- 61** Der Beschleunigungsgrundsatz des § 69 Abs. 1 SGB IX⁹² verschafft dem Arbeitgeber mittelbar Erleichterungen. Denn der Arbeitnehmer muss, um den Sonderkündigungsschutz geltend machen zu können, darlegen und beweisen, er habe den Antrag so rechtzeitig vor dem Zugang der Kündigung beim Versorgungsamt gestellt und mit vollständigen Angaben versehen, dass ohne Gutachten innerhalb von drei Wochen und – bei Erforderlichkeit – mit Gutachten innerhalb von sieben Wochen vor Zugang der Kündigung die beantragte Feststellung des Vorliegens der Schwerbehinderung hätte getroffen werden können.⁹³
- 62** War es bis Ende April 2004 möglich, nachdem der Betriebsrat bei Eingang des Schreibens zur Kündigungsanhörung nach § 102 BetrVG den Arbeitnehmer von der Kündigungsabsicht informiert hatte, noch in der Nacht vor Zugang der Kündigung „vorsorglich“ den Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderung in den Nachtbriefkasten des Versorgungsamtes einzuwerfen, um so die Verhandlungsposition zu verbessern, so ist seit dem 01.05.2004 dieses Verfahren nicht mehr erfolgversprechend. Nach neuem Recht ist der Arbeitnehmer im Eigeninteresse gehalten, so frühzeitig den Antrag stellen, dass regelmäßig beim Kündigungszugang schon geklärt ist, ob der Sonderschutz besteht.

6. Zustimmungserfordernis im laufenden Gleichstellungsverfahren

- 63** Die in der BIH zusammengeschlossenen Integrationsämter haben zunächst die Auffassung vertreten, § 90 Abs. 2a SGB IX gelte auch für das Gleichstellungsverfahren.⁹⁴ Für die Arbeitsverhältnisse gleichgestellter behinderter Menschen, deren Gleichstellung nach Zugang der Kündigung mit Rückwirkung zum Tag des Eingangs des Antrags nach § 68 Abs. 2 Satz 2 SGB IX erfolgt sei, gelte das Kündigungsverbot des § 85 SGB IX nicht, denn zum Zeitpunkt der Kündigung sei die Gleichstellung noch nicht nachgewiesen. Diese Auffassung wird damit begründet, § 90 Abs. 2a HS. 1 SGB IX nehme nicht nur diejenigen vom besonderen Kündigungsschutz aus, deren Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch, sondern auch die, deren Gleichstellung zum Zeitpunkt der Kündigung nicht nachgewiesen sei. Für gleichgestellte behinderte Menschen dürfe nach § 68 Abs. 3 SGB IX nichts anderes als für schwerbehinderte Menschen gelten. Dem ist nicht zuzustimmen. Für noch nicht abgeschlossene Antragsverfahren nimmt das Gesetz ausdrücklich nur auf den Ablauf des Verfahrens vor dem Versorgungsamt nach § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX Bezug. Das nach § 68 Abs. 2 Satz 1 SGB IX bei der Arbeitsagentur (Arbeitsamt) laufende Gleichstellungsverfahren wird nicht erwähnt. Das Schweigen des Gesetzes ist beredt. Es zeigt, dass der Gesetzgeber differenzieren will. Das entspricht auch dem Gang des Gesetzgebungsverfahrens. Von einer Einschränkung des Schutzes für die Dauer des Gleichstellungsverfahrens war nicht die Rede. Dazu bestand auch wenig Anlass. Feststellungs- und Gleichstellungsverfahren unterscheiden sich vor allem im Hinblick auf die Stellung des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber wird im Gleichstellungsverfahren nach Antragseingang unterrichtet und weiß daher beim Ausspruch der Kündigung, ob ein

⁹⁰ So im Grundsatz zutreffend *Cramer*, NZA 2004, 698, 704.

⁹¹ *Cramer*, NZA 2004, 698, 704.

⁹² Siehe Rn. 29.

⁹³ Ebenso: *Westers*, Behindertenrecht 2004, 93, 95.

⁹⁴ *Westers*, Behindertenrecht 2004, 93; dem folgend *Grimm/Brock/Windeln*, DB 2005, 282, 284.

Antrag gestellt ist. Er kann gegenüber der Arbeitsagentur auch auf die Dauer sowie auf das Ergebnis des Verfahrens Einfluss nehmen, indem er schnell und substantiiert über den Arbeitsplatz des Antragstellers informiert. Die BIH hat inzwischen ihre Auffassung revidiert. Es ist daher nicht mehr damit zu rechnen, dass die Integrationsämter in diesen Fällen Negativatteste erteilen, weil die Zustimmung nicht erforderlich sei.

7. Feststellung im Verlauf des Rechtsbehelfs- oder Rechtsmittelverfahrens

- 64 Wird zunächst der Antrag des Arbeitnehmers auf Feststellung einer Schwerbehinderung abgelehnt und erst im Widerspruchs- oder sozialgerichtlichen Rechtsmittelverfahren zu Gunsten des Antragstellers ein GdB von wenigstens 50 festgesetzt, so soll nach Auffassung der Integrationsämter der besondere Kündigungsschutz wegen der Regelung in § 90 Abs. 2a SGB IX keine Anwendung finden.⁹⁵ Das wird damit begründet, die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch könne bis zur Abänderung des ablehnenden Bescheids zum einen nicht nachgewiesen werden, zum anderen sei die Ausnahmeregelung in § 90 Abs. 2a HS. 2 SGB IX nicht einschlägig, weil bereits eine Feststellung durch das Versorgungsamt getroffen worden sei. Der Wortlaut des § 90 Abs. 2a HS. 2 SGB IX beziehe sich eindeutig nur auf das Erstverfahren beim Versorgungsamt bis zu dessen Abschluss. In allen anderen Fällen, also auch bei Widerspruch und Klage gegen Erstentscheidungen des Versorgungsamtes, komme der Grundsatz des § 90 Abs. 2a HS. 1 SGB IX zur Anwendung: kein Kündigungsschutz mangels Nachweis der Schwerbehinderteneigenschaft.⁹⁶ Dem kann nicht gefolgt werden. Diese Auffassung verkennt die weiterhin grundsätzlich deklaratorische Natur des Feststellungsbescheids. Die Gesetzesänderung hat nur eine Ausnahme zum Ausschluss der missbräuchlich „späten“ Antragsteller gemacht. Allerdings verliert nach dem klaren Wortlaut der Gesetzesfassung auch der Arbeitnehmer den besonderen Kündigungsschutz, der im Erstfeststellungsverfahren vor dem Versorgungsamt zunächst seiner Mitwirkungspflicht nicht nachkommt, dann nach Zugang der Kündigung den ablehnenden Bescheid angreift und nach Erfüllung seiner Mitwirkungspflicht die Feststellung erreicht.

II. Verwaltungsverfahren für Zustimmung zur ordentlichen Kündigung

- 65 Sind die Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes gegeben, hat das Integrationsamt den Sachverhalt zu ermitteln und die **Zustimmung** zur ordentlichen Kündigung zu erteilen oder abzulehnen. Dabei hat es gebunden oder nach Ermessen zu entscheiden.

1. Ermessen des Integrationsamtes

- 66 Das Integrationsamt hat in den Fällen des § 89 Abs. 1 Satz 1 und 3 SGB IX die Zustimmung zu erteilen bei Kündigungen in Betrieben oder Dienststellen, wenn diese nicht nur vorübergehend eingestellt oder **aufgelöst** werden, zwischen dem Tag der Kündigung und dem Tag, bis zu dem Vergütung gezahlt wird, mindestens 3 Monate liegen und keine anderweitige Weiterbeschäftigung beim Arbeitgeber möglich ist.
- 67 Die Ermessensausübung des Integrationsamtes ist nach § 89 Abs. 1 Satz 2 und 3 SGB IX auch gesetzlich gebunden („soll erteilen“) bei Kündigungen in Betrieben oder Dienststellen, wenn
- diese nicht nur vorübergehend wesentlich **eingeschränkt** werden, zwischen dem Tag der Kündigung und dem Tag, bis zu dem Vergütung gezahlt wird, mindestens 3 Monate liegen;

⁹⁵ Westers, Behindertenrecht 2004, 93, 95.

⁹⁶ Der Ansicht der Integrationsämter folgend: Grimm/Brock/Windeln, DB 2005, 282, 284.

- der Arbeitgeber die nach § 71 SGB IX erforderliche **Pflichtplatzzahl**⁹⁷ nach Durchführung des Personalabbaus auch ohne den zu entlassenden Arbeitnehmer mit anrechenbaren schwerbehinderten Menschen erfüllt und keine anderweitige Weiterbeschäftigung beim Arbeitgeber möglich ist. Die Zustimmung soll dann **regelmäßig** erteilt werden, es sei denn, im Einzelfall liegt ein besonderer Grund vor, der die Versagung ausnahmsweise rechtfertigen kann⁹⁸. Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, entfällt die Ermessensbindung. Der Begriff der wesentlichen Einschränkung von Betrieben und Dienststellen wird unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des BAG zu § 111 BetrVG, § 17 KSchG ausgelegt⁹⁹.
- 68** Ebenfalls „soll“ das Integrationsamt regelmäßig die Zustimmung erteilen, wenn dem schwerbehinderten Menschen ein anderer angemessener und **zumutbarer Arbeitsplatz gesichert** ist (§ 89 Abs. 2 SGB IX). Diese Ermessensbindung besteht auch bei Kündigungen im Rahmen eines über das Vermögen des Arbeitgebers eröffneten **Insolvenzverfahrens** (§ 89 Abs. 3 SGB IX), wenn
- der Arbeitnehmer in einem Interessenausgleich mit Namensliste nach § 125 InsO bezeichnet ist,
 - die Schwerbehindertenvertretung am Interessenausgleich beteiligt war,
 - der Anteil der entlassenen schwerbehinderten Menschen nicht größer ist als der Anteil der übrigen Arbeitnehmer und
 - der Arbeitgeber nach den Entlassungen die nach § 71 SGB IX erforderliche Pflichtplatzzahl mit den verbleibenden schwerbehinderten Arbeitnehmern noch immer oder möglicherweise erstmals erfüllt.
- 69** In den übrigen Kündigungssachverhalten liegt keine Ermessensbindung vor. Die Entscheidung des Integrationsamts kann dann nur auf Ermessensfehler geprüft werden.

2. Sachverhaltsermittlung durch das Integrationsamt

- 70** Das Integrationsamt entscheidet über Anträge auf Zustimmung der Arbeitgeber, nachdem es den Sachverhalt ermittelt hat. Das Integrationsamt hat nach den §§ 20, 21 SGB X den **Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen**. Dabei hat es im Rahmen der vom Arbeitgeber gestellten Anträge und der von ihm mitgeteilten Kündigungsgründe all das zu ermitteln, was für eine Entscheidung über den Zustimmungsantrag oder eine gütliche Einigung erforderlich ist.
- 71** Nach § 87 Abs. 2 SGB IX hat das Integrationsamt zu diesem Zweck **Stellungnahmen** der Arbeitnehmervertretung, der Schwerbehindertenvertretung und des betroffenen schwerbehinderten Menschen einzuholen. Besteht im Betrieb keine eigenständige Schwerbehindertenvertretung (SBV), so ist die gemeinsam für mehrere Betriebe nach § 94 Abs. 1 Satz 4 SGB IX gewählte Schwerbehindertenvertretung zur Stellungnahme aufzufordern. Besteht auch keine gemeinsame SBV, ist nach § 97 Abs. 6 SGB IX die Gesamtschwerbehindertenvertretung (GSBV) zuständig. Unterbleibt die Anhörung der SBV, ist das ein **Verfahrensfehler**, der den Zustimmungsbescheid des Integrationsamtes anfechtbar macht. Ist die SBV nicht angehört, so ist dem Arbeitnehmer zum Widerspruch zu raten.

⁹⁷ Dazu siehe Rn. 108.

⁹⁸ BVerwG v. 06.03.1995 - 5 B 59/94 - RzK IV 8a Nr. 38; Einzelheiten *Düwell* in: LPK-SGB IX, § 89 Rn. 19 ff.; so auch *Etzel* in: KR, §§ 85-90 SGB IX Rn. 91.

⁹⁹ Einzelheiten *Düwell* in: LPK-SGB IX, § 89 Rn. 25, 26.

3. Verzicht auf Stellungnahme der Arbeitsagentur

- 72** Zu der zwingenden Sachverhaltsermittlung von Amts wegen gehörte bis Ende April 2004 nach § 87 Abs. 2 SGB IX die **Einholung der Stellungnahme des Arbeitsamtes**. Damit sollte abgeklärt werden, welche Chancen der Neuvermittlung auf dem örtlichen Arbeitsmarkt bestehen. Die Einschätzung des Arbeitsamtes war mit in die Abwägung einzubeziehen. Waren für den Sitz des Beschäftigungsbetriebes und den Wohnort des schwerbehinderten Arbeitnehmers verschiedene Arbeitsämter zuständig, so musste von beiden eine Stellungnahme eingeholt werden.¹⁰⁰ Eine Entscheidung des Integrationsamtes ohne vorherige Einholung der Stellungnahme des Arbeitsamtes machte das Verwaltungsverfahren fehlerhaft und damit anfechtbar.¹⁰¹ Der Fehler konnte allerdings noch bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens geheilt werden.¹⁰²
- 73** Mit der Neufassung des § 87 Abs. 2 SGB IX ist die Pflicht zur Einholung einer Stellungnahme der Arbeitsverwaltung über die Vermittlungsaussichten des betroffenen Behinderten auf dem Arbeitsmarkt entfallen. Das soll zu einer Verfahrensbeschleunigung führen. Wegen der häufig formularblattmäßig erteilten Auskunft war die Einholung der Stellungnahme eine Zeitverschwendung.

4. Zustimmungsfiktion zur ordentlichen Kündigung

- 74** Die Entscheidung über die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung ist innerhalb von **einem Monat** vom Tag des Antragseingangs an zu treffen (§ 88 Abs. 1 SGB IX). Wird die Frist überschritten, kann nach drei Monaten Untätigkeitsklage erhoben werden (§ 75 VwGO). Diese Rechtsfolge hat in der Vergangenheit nicht ausgereicht, die Einhaltung der gesetzlichen Frist zu erreichen. Der Gesetzgeber hat daher zu einer Maßnahme gegriffen, von der er sich eine spürbare Beschleunigung verspricht: Vom 01.05.2004 an bewirkt die neue Verfahrensvorschrift des § 88 Abs. 5 SGB IX bei Fristüberschreitung eine Zustimmungsfiktion. Trifft das Integrationsamt die Entscheidung über den Zustimmungsantrag nicht innerhalb eines Monats vom Tage des Eingangs des Antrages, gilt in folgenden Fällen die **Zustimmung als erteilt**:
- bei Kündigungen wegen der Einstellung eines Betriebes oder der Auflösung einer Dienststelle (§ 89 Abs. 1 Satz 1 SGB IX),
 - bei Kündigungen nach Insolvenzeröffnung (§ 89 Abs. 3 SGB IX).
- 75** Umstritten ist, ob anders als bei der Entscheidung in der Sache ein Fiktionstatbestand auch dann vorliegt, wenn die Voraussetzungen von § 89 Abs. 1 Satz 3 SGB IX nicht erfüllt sind, d.h., eine Weiterbeschäftigung in einem anderen Betrieb oder einer anderen Dienststelle desselben Arbeitgebers mit Einverständnis des schwerbehinderten Menschen möglich und für den Arbeitgeber zumutbar ist. Diese Auffassung vertreten die Integrationsämter.¹⁰³ Ursprünglich war für alle Fiktionsfälle eine pauschale Verweisung in § 88 Abs. 5 SGB IX auf § 89 Abs. 1 SGB IX beabsichtigt. Die BIH hat auf die zeitaufwändige Prüfung der in Satz 3 geregelten Frage, ob ein **anderweitiger Einsatz auf einem freien Arbeitsplatz** möglich ist, hingewiesen und Bedenken vorgebracht. Zwar ist im Gesetz eine Einschränkung der Verweisung auf die „Fälle des § 89 Abs. 1 Satz 1 SGB IX“ vorgenommen worden. Damit ist die Prüfung der anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit jedoch nicht entfallen. Dagegen spricht schon der Wortlaut der Rechtsfolgenverweisung „gilt Abs. 1“: Das schließt die Pflicht zur Prüfung nach Satz 3 ein. Daher gilt die Bindung an das Zustimmungsgesuch („erteilt die Zustimmung“) nach § 89 Abs. 1 Satz 1 SGB IX dann nicht, wenn eine Weiterbeschäfti-

¹⁰⁰ BVerwG v. 13.08.1996 - 5 B 79/96 - Buchholz, 436. 61 § 17 SchwbG Nr. 6.

¹⁰¹ BVerwG v. 10.09.1992 - 5 C 39/88 - NZA 1993, 76.

¹⁰² BVerwG v. 11.11.1999 - 5 C 23/99.

¹⁰³ Westers, Behindertenrecht 2004, 93, 94.

gung auf einem anderen Arbeitsplatz desselben Betriebes oder derselben Dienststelle oder auf einem freien Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb oder einer anderen Dienststelle desselben Arbeitgebers mit Einverständnis des schwerbehinderten Menschen möglich und für den Arbeitgeber zumutbar ist. Die Initiative der Integrationsämter war demnach erfolglos. Die dennoch vorgenommene Änderung des Entwurfs ist nicht auf den Vorschlag der BIH zurückzuführen. Sie beruht darauf, dass die Zustimmungsfiktion entgegen der ursprünglichen Absicht nicht mehr auf die in Satz 2 geregelte Zustimmung zu Kündigungen bei Betriebseinschränkungen erstreckt werden soll.¹⁰⁴

- 76** Die Rechtsfolge der Fiktion ist im Schwerbehindertenrecht bereits seit langem bei der außerordentlichen Kündigung nach § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX und § 21 SchwbG geltendes Recht. Insoweit kann auf einen reichen Bestand an Rechtsprechung zurückgegriffen werden.
- 77** In entsprechender Anwendung von § 88 Abs. 3 SGB IX ist die Kündigung nur innerhalb eines Monats zu erklären. Mit Ablauf der Frist erlischt die Zustimmung. Das ist in § 88 Abs. 5 Satz 3 SGB IX durch den Verweis auf dessen Absatz 3 klargelegt. Eine verspätete Kündigung verstößt gegen § 85 SGB IX und ist daher nach § 134 BGB nichtig.
- 78** Ohne ausdrückliche Regelung geblieben ist die Frage, wie sich die zusätzliche, in § 89 Abs. 1 Satz 1 SGB IX enthaltene Bedingung „wenn Gehalt oder Lohn (für drei Monate) gezahlt wird“ bei einer Zustimmungsfiktion auswirkt. Grundsätzlich gilt nach § 88 Abs. 5 Satz 2 SGB IX, was gelten würde, wenn das Integrationsamt eine entsprechende Zustimmung ausdrücklich erteilt hätte. Das bedeutet, mit der Zustimmungsfiktion ist auch die aufschiebende Bedingung verbunden, dass bis zu drei Monaten nach Zugang der Kündigung das Entgelt weitergezahlt wird.¹⁰⁵ Das wird allerdings von den Integrationsämtern anders gesehen. Diese gehen davon aus, dass eine entsprechende Bedingung oder Auflage nicht mit dem durch den Fristablauf bewirkten Verwaltungsakt „Zustimmung“ verbunden ist. Es wird daher einer Klärung durch die Arbeitsgerichte bedürfen, bei denen der schwerbehinderte Beschäftigte die Dreimonatsvergütung einklagen muss.
- 79** Die fingierte Zustimmung ist ebenso mit dem Widerspruch anfechtbar wie ein Zustimmungsbescheid. § 88 Abs. 5 Satz 3 SGB IX stellt durch die Verweisung auf Absatz 4 klar, dass Widerspruch und Anfechtungsklage des schwerbehinderten Arbeitnehmers auch in den Fällen der Zustimmungsfiktion keine aufschiebende Wirkung haben.

III. Wirksamkeitsvoraussetzungen der Arbeitgeberkündigung

1. Kenntnis des Arbeitgebers von Schwerbehinderung oder Gleichstellung

- 80** Ist die Schwerbehinderung weder bekannt noch offenkundig, so ist der Arbeitgeber nicht in der Lage zu erkennen, ob der besondere Kündigungsschutz eingreift. Seit Aufnahme des besonderen Kündigungsschutzes in das Schwerbehindertenrecht besteht hier eine Regelungslücke, die auch die jüngste Novelle nicht geschlossen hat.
- 81** Das Bundesarbeitsgericht füllt die Lücke durch die Annahme einer Obliegenheit: Es bedürfe der **Geltendmachung des Kündigungsschutzes** durch den schwerbehinderten Menschen. Nur dann könne sich der Arbeitgeber veranlasst sehen, das Zustimmungsverfahren einzuleiten, wenn sich

¹⁰⁴ Cramer, NZA 2004, 698, 704.

¹⁰⁵ Düwell in: LPK-SGB IX, § 89 Rn. 37.

ein schwerbehinderter Mensch nach Zugang der Kündigungserklärung innerhalb einer bestimmten Frist gegenüber dem Arbeitgeber auf seine noch nicht nachgewiesene und nicht offenkundige Schwerbehinderung berufe.¹⁰⁶ Entsprechendes muss für die Gleichstellung gelten.

- 82** Fraglich ist die Dauer der angemessenen Geltendmachungsfrist. Nahe liegt ein Rückgriff auf die ebenfalls für einen Fall der Unkenntnis in § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG geregelte Zwei-Wochen-Frist.¹⁰⁷ Dem hat sich das Bundesarbeitsgericht allerdings nicht angeschlossen. Es hat sich in ständiger Rechtsprechung in Analogie zur verwaltungsrechtlichen Widerspruchsfrist für die Monatsfrist entschieden.¹⁰⁸ Angesichts der mit dem Arbeitsmarktreformgesetz zum 01.01.2004 erfolgten Ausweitung der dreiwöchigen Klagefrist nach § 4 Satz 1 KSchG auf die gerichtliche Geltendmachung aller Unwirksamkeitsgründe¹⁰⁹ muss diese Rechtsprechung noch einmal überprüft werden¹¹⁰. Es kann nicht sein, dass der schwerbehinderte Arbeitnehmer nach neuem Gesetzesrecht grundsätzlich nur drei Wochen Zeit zur Klageerhebung haben soll, er sich aber nach einer älteren Rechtsfortbildung einen Monat Zeit lassen kann, bis er seinen Arbeitgeber über den Unwirksamkeitsgrund fehlende Zustimmung unterrichtet. Hier liegt ein Wertungswiderspruch, der zu einer Änderung der Rechtsprechung führen sollte.
- 83** Hat der Arbeitnehmer die Frist versäumt und ist ihm damit der besondere Kündigungsschutz abgeschnitten, so kann er nach der Rechtsprechung des BAG die Schwerbehinderteneigenschaft oder Gleichstellung noch bei der **Prüfung der sozialen Rechtfertigung** geltend machen.¹¹¹

2. Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

- 84** Die Schwerbehindertenvertretung ist vom Arbeitgeber in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen schwerbehinderten Menschen berühren, rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung zu hören; die getroffene Entscheidung ist ihr unverzüglich mitzuteilen (§ 95 Abs. 2 SGB IX). Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung vor jeder ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers unter Mitteilung der Kündigungsgründe anzuhören hat.

a. Besonderes Anhörungsverfahren

- 85** Die **Anhörung** kann vom Arbeitgeber vor, während oder nach Durchführung des Zustimmungsverfahrens nach § 85 SGB IX vorgenommen werden. Sie muss vor Ausspruch der Kündigung abgeschlossen sein.¹¹² Der **Schwerbehindertenvertretung** (SBV) ist in Anlehnung an § 102 Abs. 2 BetrVG eine Äußerungsfrist von einer Woche (bei ordentlicher Kündigung) bzw. drei Tagen (bei außerordentlicher Kündigung) einzuräumen. Die von Amts wegen vorgesehene Mitwirkung der Schwerbehindertenvertretung am Zustimmungsverfahren des Integrationsamts (§ 87 Abs. 2 SGB IX) macht die Anhörung nach § 95 Abs. 2 SGB IX nicht entbehrlich.¹¹³
- 86** Eine Zustimmung der SBV ist nicht erforderlich. Der Arbeitgeber hat nach der Unterrichtung über Kündigungsabsicht und Kündigungsgründe die Stellungnahme der SBV entgegenzunehmen.

¹⁰⁶ BAG v. 23.02.1978 - 2 AZR 214/77 - AP § 12 SchwbG Nr. 4; BAG v. 28.06.1995 - 7 AZR 555/94 - AP § 59 BAT Nr. 6.

¹⁰⁷ *Etzel* in: KR, 6. Aufl., §§ 15 bis 20 SchwbG Rn. 24.

¹⁰⁸ BAG v. 23.02.1978 - 2 AZR 214/77 - AP § 12 SchwbG Nr. 4.

¹⁰⁹ *Düwell*, Agenda 2010, S. 116 ff.

¹¹⁰ *Grimm/Brock/Windeln*, DB 2005, 282, 285, machen zwar zutreffend den Schutz nicht von einer Vorlage des Ausweises gegenüber dem Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung abhängig, übersehen aber die Fragwürdigkeit der Monatsfrist.

¹¹¹ BAG v. 23.02.1978 - 2 AZR 462/76 - AP § 12 SchwbG Nr. 3.

¹¹² *Adlhoch*, *BehindR* 1983, 25.

¹¹³ *Düwell* in: LPK-SGB IX, § 87 Rn. 23; *Friedrich* in: KR, § 13 KSchG Rn. 222a.

- 87** Vor Durchführung der Kündigungsentscheidung muss die SBV unterrichtet, ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben und danach ihr das Ergebnis mitgeteilt werden. Hat der Arbeitgeber die Entscheidung über die Kündigung getroffen und noch nicht durch Zustellung des Kündigungsschreibens vollzogen, so kann die nicht angehörte SBV im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch nehmen, um die Durchführung der Kündigung zu stoppen. Denn sie hat, solange der Arbeitgeber die Entscheidung noch nicht endgültig durchgeführt hat, zur Sicherung ihrer ordnungsgemäßen Beteiligung nach § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX ein Aussetzungsrecht.¹¹⁴ Die unterlassene Betriebsbeteiligung ist dann innerhalb von sieben Tagen (nicht eine Woche!) nachzuholen.
- 88** Das Ergebnis der Überprüfung dessen, was die SBV als Stellungnahme ihm zu Gehör gebracht hat, muss der Arbeitgeber nach § 95 Abs. 2 Satz 1 HS. 2 SGB IX als „getroffene Entscheidung“ der SBV unverzüglich mitteilen. Eine bestimmte Form für die Mitteilung ist nicht vorgeschrieben. Die Verletzung dieser Mitteilungspflicht ist nicht bußgeldbewehrt. Dennoch empfiehlt es sich für den Arbeitgeber, den Empfang der Mitteilung bestätigen zu lassen. Denn die Mitteilung der Entscheidung setzt den Lauf der **Aussetzungsfrist** nach § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX in Gang.

b. Sanktionierung durch Bußgeld

- 89** Die schuldhafte Verletzung der Unterrichts- und Anhörungspflicht aus § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ist eine **Ordnungswidrigkeit**, die nach § 156 Abs. 1 Nr. 9 SGB IX geahndet wird. Mit der Novelle vom 23.04.2004 ist der **Bußgeldrahmen von 2.500 € auf 10.000 € aufgestockt** worden (§ 156 Abs. 2 SGB IX). Die Erhöhung ist damit begründet worden, sie solle einen Beitrag dazu leisten, die Rechtsposition der SBV zu stärken.

c. Wirksamkeitsvoraussetzung für Kündigung?

- 90** Die Nichtanhörung der SBV durch den Arbeitgeber ist nach der h.M. **individualarbeitsrechtlich sanktionslos**. Das wird mit dem Fehlen einer § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG entsprechenden Unwirksamkeitsregelung begründet.¹¹⁵ Diese Auffassung hat durch den Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zur SGB-Novelle vom 23.04.2004 Bestätigung gefunden. Während noch im Referentenentwurf eine Unwirksamkeitsregelung enthalten war, ist diese nicht in die Gesetzentwürfe der Koalitionsfraktionen und der Bundesregierung übernommen worden. Die Opposition hat mit Änderungsantrag der CDU/CSU-Fraktion zu § 95 Abs. 2 SGB IX die vorherige Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung als Wirksamkeitsvoraussetzung aufgegriffen. Der Antrag ist jedoch von der Koalitionsmehrheit im 13. Ausschuss abgelehnt worden.¹¹⁶ Das beruhte darauf, dass aus dem Lager der den Betriebsräten nahe stehenden Verbände gegen eine Stärkung der Schwerbehindertenvertretungen interveniert wurde. Man befürchtete eine Schwächung der Betriebsräte. Da die Verletzung des Anhörungsrechts nicht durch eine Unwirksamkeitsbestimmung abgesichert ist, kann die SBV das vom Arbeitgeber nicht respektierte Anhörungsrecht nur im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren durchsetzen.

¹¹⁴ ArbG München v. 05.06.1989 - 6 BvGa 80/89 - Behindertenrecht Sonderheft 1990, 43; *Cramer* in: SchwbG, § 25 Rn. 7a; *Dörner* in: SchwbG, § 25 Rn. 31.

¹¹⁵ BAG v. 28.07.1983 - 2 AZR 122/82 - AP § 22 SchwbG Nr. 1; LArbG Rheinland-Pfalz v. 18.08.1993 - 10 Sa 332/93 - NZA 1993, 1133; zust. *Cramer* in: SchwbG, § 25 Rn. 7; *Dörner* in: SchwbG, § 25 Rn. 29; a.A. *Schimanski* in: GK-SchwbG, § 25 Rn. 87.

¹¹⁶ Bericht des Abgeordneten *Hüppe*, BT-Drs. 15/2357.

3. Prävention als Wirksamkeitsvoraussetzung?

91 Bereits im Vorfeld von Kündigungen hat der Arbeitgeber nach § 84 SGB IX Präventionspflichten zu erfüllen. Die Nichterfüllung dieser Pflichten wirkt sich schon deshalb nachteilig für den Arbeitgeber aus, weil er nicht alle Mittel zur Kündigungsvermeidung ausgeschöpft hat.¹¹⁷

a. Schwierigkeiten in der Person, im Verhalten oder im Betrieb

92 Nach § 84 Abs. 1 SGB IX hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung, den Betriebs- oder Personalrat sowie das Integrationsamt einzuschalten. Die Verpflichtung entsteht, sobald personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Schwierigkeiten zu erkennen sind, die zur Gefährdung des Arbeitsverhältnisses führen können. Dazu hat der Arbeitgeber alle Möglichkeiten zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können, um das Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft fortsetzen zu können. Die zur Verfügung stehenden Beratungshilfen und finanziellen Leistungen der Integrationsämter oder der Bundesanstalt für Arbeit sind auszuschöpfen.

93 Unterlässt der Arbeitgeber diese Prävention, so kann das der schwerbehinderte Arbeitnehmer ihm in einem **Kündigungsschutzprozess** vorhalten. Selbst eine mit Zustimmung des Integrationsamtes ausgesprochene Kündigung wird sich dann als sozial ungerechtfertigt erweisen, wenn der schwerbehinderte Beschäftigte darlegt, welche Möglichkeiten bei rechtzeitiger Einschaltung der Interessenvertretungen und Durchführungsstellen bestanden hätten, die Kündigung zu vermeiden, und der Arbeitgeber das nicht widerlegen kann. Insoweit hat der Arbeitgeber den Beweis des Gegenteils zu führen.¹¹⁸ Bei ordnungsgemäßer Ermittlung des Sachverhalts wird im Übrigen das Integrationsamt in diesem Fall die Zustimmung zur Kündigung zu verweigern haben, weil der Arbeitgeber noch nicht alle zumutbaren Möglichkeiten ausgeschöpft hat.

93.1 Hat das Integrationsamt die Zustimmung erteilt, obwohl kein Präventionsverfahren unter Einschaltung der Arbeitnehmervertretungen und des Integrationsamtes durchgeführt worden war, so ist das ein Verfahrensfehler, der den Zustimmungsbescheid anfechtbar macht (demnächst: *Düwell* in: Schmidt, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Band 43, S. 1, 13). Die verwaltungsrechtliche Anfechtung hat für den Arbeitnehmer den Vorteil, dass der vom Kündigungsverbot des § 85 SGB IX ausgehende Schutzschirm weiter gespannt ist als der nach § 1 Abs. 2 KSchG; denn in § 90 Abs. 1 SGB IX wird zwar die kündigungsschutzrechtliche Wartezeit, aber nicht die kündigungsschutzrechtliche Mindestbetriebsgröße vorausgesetzt.

Aktualisierung vom 19.04.2006

93.2 Im Kündigungsschutzprozess hat der Arbeitgeber, der versäumt hat, das für **alle** Kündigungsgründe im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG geltende Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX durchzuführen, ein Problem mit der Darlegungslast. Er kann schwerlich wissen, was bei der im Ergebnis offenen Überprüfung mit den internen und externen Experten herausgekommen wäre. Insbesondere kann er nicht die nach der Behauptung des Klägers möglicherweise in Betracht kommenden Maßnahmen zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Hinweis auf seine unternehmerische Freiheit abblocken.

Aktualisierung vom 19.04.2006

93.3 Zwar kann die unternehmerische Entscheidung, bei der betrieblichen Organisation ein bestimmtes Konzept zu verfolgen, der Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers entgegenstehen; denn nach der Rechtsprechung des BAG ist die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer unternehmerischen Entscheidung gerichtlich nicht zu überprüfen. Sie unterliegt allein einer Missbrauchskontrolle dahin,

¹¹⁷ So auch *Brose*, DB 2005, 390.

¹¹⁸ *Düwell* in: LPK-SGB IX, § 84 Rn. 5.

ob sie offensichtlich unsachlich oder willkürlich ist (BAG v. 17.06.1999 - 2 AZR 522/98 - BAGE 92, 61). Zugunsten der behinderungsgerechten Beschäftigung schwerbehinderter Menschen muss der Arbeitgeber jedoch Abstriche an der von ihm als wirtschaftlich angesehenen Betriebsführung machen, weil in § 81 Abs. 4 SGB IX seine unternehmerische Freiheit gesetzlich eingeschränkt worden ist (Düwell in: LPK-SGB IX, § 81 Rn. 33). Vor In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter (SchwbBAG, BGBl I 2000, 1394) zum 01.10.2000 war das anders. Heute ist jedoch ein Arbeitgeber, der seine Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX erfüllt, nicht mehr davon befreit, in seine Betriebsorganisation regelnd eingreifen zu müssen (so schon BAG v. 23.01.2001 - 9 AZR 287/99 - BAGE 97, 23). Der Arbeitgeber kann nur die Unzumutbarkeit der Beschäftigung nach § 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX geltend machen.

Aktualisierung vom 19.04.2006

- 93.4** Stützt der schwerbehinderte Arbeitnehmer die Möglichkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses darauf, dass der Arbeitgeber besondere Pflichten zur behinderungsgerechten Beschäftigung nach § 81 Abs. 4 SGB IX zu erfüllen habe, so hat er zwar grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen. Dagegen hat der Arbeitgeber die anspruchshindernden Umstände vorzutragen. Dazu gehören insbesondere diejenigen, aus denen sich die Unzumutbarkeit der Beschäftigung des Arbeitnehmers ergeben soll. !

Aktualisierung vom 19.04.2006

- 93.5** Hier gilt jedoch eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast (BAG v. 10.05.2005 - 9 AZR 230/04 - DB 2006, 55). Nach der gesetzlichen Konzeption des Schwerbehindertenrechts ist dem Arbeitgeber eine aktive Rolle für Eingliederung und gegen Ausgliederung zugewiesen. Hat sich der Arbeitgeber daher um eine behinderungsgerechte Beschäftigung des Arbeitnehmers zu bemühen, so ergibt sich daraus zugleich, dass er den geltend gemachten Beschäftigungsanspruch nicht mit der bloßen Behauptung abwehren kann, er verfüge über keinen geeigneten Arbeitsplatz. Die gebotene sachliche Auseinandersetzung mit dem Verlangen des schwerbehinderten Arbeitnehmers auf anderweitige Beschäftigung erfordert eine substantiierte Darlegung des Arbeitgebers, aus welchen Gründen die vom Arbeitnehmer vorgeschlagenen Beschäftigungsmöglichkeiten nicht zur Verfügung stehen. !

Aktualisierung vom 19.04.2006

- 93.6** Welche Einzelheiten vom Arbeitgeber vorzutragen sind, bestimmt sich nach den Umständen des Streitfalles unter Berücksichtigung der Darlegungen des klagenden Arbeitnehmers. Als Einwände kommen in Betracht, dass entsprechende Tätigkeitsbereiche überhaupt nicht vorhanden seien, keine Arbeitsplätze frei seien und auch nicht frei gemacht werden könnten, der Arbeitnehmer das Anforderungsprofil nicht erfülle oder die Beschäftigung aus anderen Gründen unzumutbar sei. Diese Substantiierungslast entspricht der Rechtsprechung zu § 138 Abs. 1 und 2 ZPO. Danach wird dem Gegner der primär behauptungsbelasteten Partei eine sekundäre Behauptungslast auferlegt, wenn die darlegungspflichtige Partei keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind (BGH v. 03.05.2002 - V ZR 115/01 - NJW-RR 2002, 1280; BAG v. 20.11.2003 - 8 AZR 580/02 - NZA 2004, 489). Der Arbeitgeber hat einen umfassenden Überblick über die betrieblich eingerichteten Arbeitsplätze und die dort zu erfüllenden Anforderungen. Er weiß, welche Arbeitsplätze für welche Zeiträume besetzt sind, ob Arbeitsaufgaben sinnvoll anders verteilt werden können oder ob Arbeitsplätze in absehbarer Zeit frei werden, etwa infolge Erreichens des Rentenalters, oder !

durch Versetzung freigemacht werden können. Einen solchen Einblick hat der Arbeitnehmer regelmäßig nicht. Das gilt insbesondere für Arbeitnehmer, die schon längere Zeit infolge Krankheit arbeitsunfähig und daher nicht mehr im Betrieb anwesend sind (BAG v. 10.05.2005 - 9 AZR 230/04 - DB 2006, 55).

Aktualisierung vom 19.04.2006

- 93.7** Die Erörterung mit den in § 84 Abs. 1 SGB IX genannten fachkundigen Stellen dient gerade dazu, konstruktiv Lösungsmöglichkeiten für einen behinderungsgerechten Einsatz des Arbeitnehmers zu suchen. Dabei geht es nicht nur darum, die Kenntnis des Integrationsamtes im Hinblick auf technische Möglichkeiten zu nutzen. Vielmehr geht es auch darum, organisatorische Möglichkeiten für eine behinderungsgerechte Beschäftigung auszumachen. Entzieht sich der Arbeitgeber dieser Suche nach Beschäftigungsmöglichkeiten, muss die Darlegungslast auf ihn übergehen. Er muss jede Beschäftigungsmöglichkeit ausschließen oder, soweit eine in Betracht kommt, darlegen, aus welchen Gründen sie für ihn unzumutbar wäre. !

Aktualisierung vom 19.04.2006

- 93.8** Fand allerdings eine Erörterung statt und kamen die fachkundigen Stellen unter Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung zu dem Ergebnis, es gäbe keine Möglichkeiten zur Sicherung der Beschäftigung des Arbeitnehmers, bleibt es bei der primären Darlegungslast des schwerbehinderten Arbeitnehmers. Er hat dann vorzutragen, welche konkreten technischen oder organisatorischen Veränderungen seine behinderungsgerechte Beschäftigung ermöglichen (vgl. zu der Darlegungslast in Bezug auf die insbesondere technische Einrichtung und Ausstattung eines behinderungsgerechten Arbeitsplatzes: BAG v. 04.10.2005 - 9 AZR 632/04). !

Aktualisierung vom 19.04.2006

b. Längere oder wiederholte Arbeitsunfähigkeitszeiten

- 94** Der Arbeitgeber hat nach dem geänderten § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX mit Zustimmung der betroffenen Person den Betriebs- oder Personalrat bereits dann einzuschalten, sobald ein Arbeitnehmer – also auch ein nicht behinderter (!)¹¹⁹ – länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt innerhalb eines Jahres arbeitsunfähig krank ist. Nur soweit der Arbeitnehmer schwerbehindert ist, gilt eine Besonderheit: Der Arbeitgeber hat nicht nur den Betriebsrat als allgemeine Interessenvertretung der Arbeitnehmer zu unterrichten, sondern „außerdem mit der SBV“ die Möglichkeit zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit überwunden und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Die Sechswochenfrist ist zum 01.05.2004 durch das Gesetz vom 23.04.2004 eingeführt worden. Vordem galt eine Dreimonatsfrist.
- 95** Die Neufassung hat nicht nur einen früheren Beginn der Präventionspflicht des Arbeitgebers begründet. Sie hat auch in Absatz 2 im Unterschied zu Absatz 1 die Präventionspflicht auf **alle Beschäftigten** ausgedehnt. Danach gilt: Sind Beschäftigte länger als sechs Wochen oder wiederholt arbeitsunfähig, hat nach Satz 1 der Arbeitgeber zunächst den Betroffenen auf das Ziel der Prävention hinzuweisen und die Zustimmung zu dem vom Gesetz als **betrieblichem Eingliederungsmanagement** bezeichneten Verfahren einzuholen. Wird die Zustimmung erteilt, so sind nach Satz 2 mit dem Betriebs- oder Personalrat unter Beteiligung des Betroffenen und erforderlichenfalls unter Hinzuziehung des Werks- oder Betriebsarztes die Möglichkeiten zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Nur sofern die Beschäftigten schwerbehindert oder gleichgestellt sind, ist zusätzlich noch die Schwerbehindertenvertretung hinzuzuziehen.

¹¹⁹ Düwell, FA 2004, 200, 201; Brose, DB 2005, 390.

Kommen Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht, werden die gemeinsamen Servicestellen und das Integrationsamt hinzugezogen. Diese wirken darauf hin, dass die erforderlichen Leistungen oder Hilfen unverzüglich beantragt und regelmäßig innerhalb von drei Wochen (Frist nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IX) erbracht werden. Während der Dauer der Gewährung der Leistungen oder Hilfen soll der Arbeitsplatz erhalten bleiben.

- 96** Trotz des klaren Wortlauts der Norm geht ein Teil des Schrifttums von einer Spezialregelung nur für schwerbehinderte Beschäftigte aus.¹²⁰ Gegen die Annahme einer Spezialregelung spricht schon, dass der Gesetzgeber der Novelle vom 23.04.2004 mit der auf alle Beschäftigten ausweitenden Neuregelung die vorher zugunsten der nichtschwerbehinderten Behinderten und der von Behinderung bedrohten Beschäftigten bestehende Präventionspflicht abgeschafft hat. Es sollte der persönliche Geltungsbereich der Norm nicht eingeschränkt werden. Es sollten Abgrenzungsprobleme beseitigt werden, die insbesondere mit der Gruppe der von Behinderung Bedrohten nach § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB IX verbunden waren. Anders als die Träger der Rehabilitation hatte und hat nämlich kein Arbeitgeber Möglichkeiten festzustellen, ob bei einem kranken Beschäftigten eine Beeinträchtigung zu erwarten ist, die zur Annahme einer drohenden Behinderung führt. Im Übrigen macht auch der Kontext in § 83 Abs. 2 Satz 1 SGB IX deutlich, dass entsprechend dem Wortlaut wirklich alle Beschäftigten gemeint sind. Ist der Kranke schwerbehindert, so hat der Arbeitgeber nach § 83 Abs. 2 Satz 1 SGB IX „**außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung**“ die Klärung durch zuführen. Ansonsten, nämlich wenn ein nicht Schwerbehinderter betroffen ist, hat der Arbeitgeber **allein den Betriebsrat** und nicht die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen. Das entspricht der Zuständigkeitsverteilung in den §§ 93,95 SGB IX.
- 97** Der Wortlaut des § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX lässt durch die Verwendung des Wortes „verlangen“ erkennen: Betriebsrat und SBV haben ein eigenes **Initiativrecht** zur Einleitung und Durchführung des Eingliederungsmanagements. Zur Durchführung im Einzelfall ist die Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers erforderlich. Wollen Betriebsrat und SBV ihr Verlangen durchsetzen, so ist das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG für den Betriebsrat und § 2a Abs. 1 Nr. 3a ArbGG für die SBV die richtige Verfahrensart.
- 98** Die Einzelheiten des betrieblichen Eingliederungsmanagements in Hinblick auf eine Verfahrensordnung und auf eine zusammenfassende Darstellung der betrieblichen Unterstützungsangebote (insbesondere bei Umsetzungs- oder Versetzungswünschen) sollen die Betriebsparteien in Zusammenarbeit mit der SBV regeln.¹²¹ Dazu bietet der Gesetzgeber, obwohl nicht nur schwerbehinderte Arbeitnehmer betroffen sind, ausdrücklich in § 83 Abs. 2a Nr. 5 SGB IX das Instrument der schwerbehindertenrechtlichen Integrationsvereinbarung an: „Durchführung der betrieblichen Prävention (betriebliches Eingliederungsmanagement)“. Ein in der Praxis gut funktionierendes Beispiel existiert im BMW-Werk Regensburg.¹²²
- 99** Arbeitgeber, die ein betriebliches Eingliederungsmanagement einführen, können durch Prämien oder Boni von den Rehabilitationsträgern und von den Integrationsämtern nach § 84 Abs. 4 SGB IX gefördert werden. Prämie ist ein finanzieller Zuschuss. Unter Bonus wird eine Beitragsentlastung durch Zuschuss oder Beitragssenkung verstanden. Vordem waren Beitragserleichterungen zur Förderung gesundheitsdienlichen Verhaltens in der Krankenversicherung unzulässig.¹²³ Der neue

¹²⁰ Brose, DB 2005, 390; a.A. wie hier: Britschgi, AiB 2005, 284; Gagel, NZA 2004, 1359.

¹²¹ Vgl. Gagel/Schian (Hg.), Forum für Schwerbehindertenrecht und Fragen des betrieblichen Gesundheitsmanagements, Info Nr. 2/2004.

¹²² Vorstellung in AuA 2005, 205 ff.

¹²³ Linke, NZS 2003, 126.

§ 84 Abs. 4 SGB IX dient jetzt als Rechtsgrundlage für Beitragserleichterungen. Die Träger müssen dazu entsprechende Satzungsregelungen treffen und Förderungsrichtlinien für die Prämiengewährung aufstellen. Die BIH hat am 08.12.2004 eine Empfehlung zur Erbringung von Prämien beschlossen.¹²⁴ Danach sollen von jedem Integrationsamt jährlich drei bis fünf Arbeitgeber mit Prämien in Höhe von bis zu 20.000 Euro ausgezeichnet werden.

100 Das betriebliche Eingliederungsmanagement in § 84 SGB IX ist Bestandteil einer umfassenderen Präventionsstrategie. Am 06.04.2005 hat das **Bundeskabinett beschlossen, ein Gesetz zur Stärkung der gesundheitlichen Prävention in den Bundesrat einzubringen**. Prävention und Gesundheitsförderung sollen stärker als bisher als **gemeinsame Aufgabe** gesehen werden, für die in Zukunft allein durch die Sozialversicherung 250 Mio. € jährlich aufgewendet werden. Nach Artikel 1 § 17 des Gesetzes sollen Leistungen „auf Antrag des Trägers der Lebenswelt“ erbracht werden. Lebenswelten im Sinne dieses Gesetzes sind für die Gesundheit bedeutsame, abgrenzbare soziale Systeme insbesondere des Wohnens, **Arbeitens**, Lernens, der Freizeitgestaltung einschließlich des Sports und des Spielens.

100.1 Umstritten ist, welche Rechtsfolge mit dem Unterlassen des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) verbunden ist. Einige Stimmen im Schrifttum nehmen an, eine krankheitsbedingte Kündigung ohne Durchführung des BEM sei in der Regel unverhältnismäßig und damit sozialwidrig und unwirksam (*Gaul/Süßbric/Kulejewski*, Arbeitsrechtsberater 2004, 308; *Brose*, DB 2005, 390). Dem ist die erste bekannt gewordene Entscheidung eines Obergerichts (LArbG Berlin v. 27.10.2005 - 10 Sa 783/05) zu Recht nicht gefolgt. Die Durchführung eines BEM ist in § 84 Abs. 2 SGB IX nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Krankheitskündigung ausgestaltet worden.

Aktualisierung vom 19.04.2006

100.2 Die für die Effektivität einer Norm erforderliche Rechtsfolge leitet das LArbG Berlin (LArbG Berlin v. 27.10.2005 - 10 Sa 783/05) daraus ab, mit § 84 Abs. 2 SGB IX sei das dem Kündigungsrecht innewohnende ultima-ratio-Prinzip verstärkend konkretisiert worden. Folglich müsse der Arbeitgeber den gesetzlich vorgeschriebenen Klärungsprozess, ob die Arbeitsunfähigkeit überwunden werden könne, ernst nehmen. Eine Missachtung dieser gemeinsam mit internen und externen Experten durchzuführenden Prüfpflicht stellt nach Ansicht des LArbG regelmäßig einen Verstoß gegen das ultima-ratio-Prinzip dar. Das ist nur im Ergebnis zutreffend. Das Klärungsverfahren selbst ist keine im Verhältnis zur Kündigung mildere Maßnahme (so zu Recht *Schlewing*, ZFA 2006, 496, 499; demnächst: *Düwell* in: Schmidt, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Band 43, S. 1, 13). Allerdings kann schwerlich jemand, der das ergebnisoffene Klärungsverfahren nach § 84 Abs. 2 SGB IX ausgelassen hat, dem Gericht vortragen, welches Ergebnis sich nach dessen Durchführung gezeigt hätte. Nur wenn das Klärungsverfahren offensichtlich ungeeignet ist, die Zielfrage des BEM zu beantworten: „Wie kann die Arbeitsunfähigkeit überwunden werden?“, kann der Arbeitgeber der ihm in § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG auferlegten Darlegungslast genügen (zutreffend: *Gagel*, Forum B Diskussionsbeitrag Nr. 5/2006 unter www.iqpr.de). Das wird nur in seltenen Fällen in Betracht kommen, so z.B. wenn der Chefpilot einer kleinen Luftfahrtgesellschaft erblindet und offensichtlich ist, dass die Arbeitsunfähigkeit dauerhaft ist, weil sie auch nicht durch Zuweisung anderweitiger Beschäftigung überwunden werden kann.

Aktualisierung vom 19.04.2006

¹²⁴ www.integrationsaemter.de.

- 100.3** Es ist unerheblich, unter welcher Bezeichnung der Arbeitgeber die in § 84 Abs. 2 SGB IX inhaltlich vorgesehenen Schritte und Maßnahmen durchführt. Dass er das Etikett „betrieblichen Eingliederungsmaßnahme“ benutzt, ist nicht erforderlich (LArbG Berlin v. 27.10.2005 - 10 Sa 783/05).

Aktualisierung vom 19.04.2006

D. Die Neuerungen bei der öffentlich-rechtlichen Beschäftigungspflicht

- 101** § 71 SGB IX legt den Arbeitgebern eine Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen auf. Die Pflicht besteht im öffentlichen Interesse. Die Arbeitgeber sollen an der Gemeinschaftsaufgabe mitwirken, schwerbehinderte Menschen in Arbeit, Beruf und Gesellschaft einzugliedern. Eine Pflicht, arbeitssuchende schwerbehinderte Menschen einzustellen, ist damit nur verbunden, soweit im Unternehmen des einzelnen Arbeitgebers nicht genügend Arbeitnehmer während der Beschäftigung schwerbehindert werden oder sich vom Arbeitsamt einem schwerbehinderten Menschen gleichstellen lassen.

I. Die Ausbildungsquote

- 102** Wegen der gesunkenen Bereitschaft von Unternehmen, behinderte Jugendliche auszubilden, war im Entwurf des Gesetzes vom 23.04.2004 vorgesehen, jeder Arbeitgeber mit jahresdurchschnittlich wenigstens 100 Arbeitsplätzen solle mindestens fünf Prozent seiner Stellen zur beruflichen Ausbildung mit behinderten und schwerbehinderten Menschen besetzen. Die vorgesehene Fünfprozentquote entsprach in etwa dem Anteil behinderter Jugendlicher, die wegen Art oder Schwere ihrer Behinderung besondere Hilfen zur Teilhabe am Arbeitsleben benötigen. Diese Norm ist wegen des Widerstandes des Bundesrats nicht zustande gekommen.
- 103** In § 72 Abs. 2 SGB IX ist auf Empfehlung des Vermittlungsausschusses eine neue Beratungsverpflichtung aufgenommen worden: Arbeitgeber, Betriebs- oder Personalrat und Schwerbehindertenvertretung haben über die Möglichkeit der Ausbildung von behinderten jungen Menschen im Betrieb zu beraten. Sanktionen für eine Verletzung der Beratungspflicht sind nicht geregelt.

II. Die Beschäftigungsquote

- 104** Arbeitgeber haben auf jahresdurchschnittlich mindestens **5 v.H. der Arbeitsplätze** schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen (§ 71 Abs. 1 SGB IX). Zum Schutz von Kleinunternehmern vor Überforderung beginnt die Beschäftigungspflicht erst mit der Mindestzahl von jahresdurchschnittlich monatlich **20 Arbeitsplätzen**. Ein Arbeitgeber, der die Mindestzahl nicht erreicht, ist von der Beschäftigungspflicht ausgenommen. Bis zum 31.12.2000 galt die höhere Beschäftigungsquote von 6%. Das Soll ist niemals erreicht worden. Die Ist-Quote erreichte 1982 mit 5,9% den höchsten Stand, seitdem sank sie ständig, bis sie 2000 ihren Tiefpunkt mit 3,7% erreichte. 2001 und 2002 stieg sie leicht auf 3,8%.¹²⁵ Bemerkenswert ist dabei, dass unter den besonders schwierigen Arbeitsbedingungen des Bergbaus die höchste Beschäftigungsquote mit 12% erreicht wird, während Wirtschaftszweige wie Gastgewerbe und Datenverarbeitung nur 2% erreichen.¹²⁶

¹²⁵ Behinderte im Beruf (ZB) 2004, Nr. 2 S. 5.

¹²⁶ Integrationsamt LVR Jahresbericht 2003, S. 14.

1. Die Absenkung von 6% auf 5%

- 105** Mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter (SchwbBAG) vom 29.09.2000¹²⁷ war die Soll-Quote von 6% auf 5% ursprünglich befristet vom 01.01.2001 bis zum 31.12.2002 abgesenkt worden. Die Arbeitgeber sollten durch die mit der Absenkung verbundene Entlastung von der Ausgleichsabgabe um ca. 350 Millionen zu einer verstärkten Beschäftigung schwerbehinderter Menschen veranlasst werden, damit die Zahl der arbeitslosen schwerbehinderten Menschen bis Oktober 2002 um mindestens 25% verringert würde.
- 106** Da diese Erwartung mit 23,9% nur knapp verfehlt worden ist, sah man davon ab, wie es an sich im Junktin des § 71 Abs. 2 SGB IX vorgesehen war, automatisch zum 01.01.2004 die Quote wieder auf 6% zu erhöhen. Die Anhebung der Pflichtquote wurde durch das Gesetz zur Änderung von Fristen und Bezeichnungen im Neunten Buch Sozialgesetzbuch und zur Änderung anderer Gesetze vom 03.04.2003¹²⁸ auf den 01.01.2004 verschoben.
- 107** Das Junktin in § 71 Abs. 2 SGB IX ist jetzt durch das Gesetz vom 23.04.2004 rückwirkend aufgehoben worden. Es soll dauerhaft bei der Beschäftigungspflichtquote von 5% bleiben. Allerdings wird die Höhe der Beschäftigungspflichtquote zum 30.06.2007 überprüft (§ 160 SGB IX).

2. Der Begriff des Arbeitsplatzes

- 108** Zur Bestimmung der Mindestzahl von 20 Arbeitsplätzen, die erst die Beschäftigungspflicht begründet (§ 71 Abs. 1 SGB IX), und zur Berechnung der Anzahl der vom Arbeitgeber mit schwerbehinderten Menschen zu besetzenden Pflichtarbeitsplätze wird nicht auf die Anzahl der vom Arbeitgeber regelmäßig Beschäftigten (Kopfzahl) abgestellt. Die Bemessung nach dem SGB IX unterscheidet sich hier grundlegend von den Bemessungsvorschriften in § 1 BetrVG oder § 23 KSchG.
- 109** Maßgebend sind Arbeitsplätze i.S.d. des § 73 Abs. 1 SGB IX. Darunter werden alle Stellen verstanden, auf denen Arbeitnehmer, Beamte, Richter sowie Auszubildende und andere zu ihrer beruflichen Bildung Eingestellte beschäftigt werden, § 73 Abs. 1 SGB IX. Ausgenommen sind in § 73 Abs. 2 SGB IX Stellen für bestimmte Personengruppen, die überwiegend nicht als Arbeitnehmer gelten.
- 110** Die von der Novelle ausgehenden Änderungen sind nicht sehr weitgehend. Sie dienen überwiegend der Klarstellung. So gelten jetzt als Arbeitsplätze nicht die Stellen, die mit Arbeitnehmern besetzt sind, deren Arbeitsverhältnisse wegen Wehr- oder Zivildienst oder wegen Elternzeit, Rentenbezug, Blockfreistellung während der Altersteilzeit oder wegen unbezahlten Urlaubs ruhen, solange ein Vertreter eingestellt ist (§ 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB IX n.F.). Ebenso sind zwischenbesetzte Stellen, deren Inhaber sich in Elternzeit befinden oder zur Kinderbetreuung freigestellt sind, nicht mitzuzählen (§ 21 Abs. 7 BErzGG). Ziel ist es, eine Doppelzählung von Vertretenen und Vertretern auszuschließen. Die teilweise Doppelregelung in § 21 Abs. 7 BErzGG hat keinen rechtssystematischen Grund. Sie ist nur mit Doppelzuständigkeiten zu erklären. Für das SGB IX ist das BMGS und für das BErzGG das BMFJS zuständig.

3. Berechnung nach Jahresdurchschnitt

- 111** Für die Zählung der Arbeitsplätze war bis 2002 auf die beim Arbeitgeber im jeweiligen Monat bestehenden Verhältnisse abzustellen. Denn die Daten zur Berechnung des Umfangs der Beschäftigungspflicht waren „aufgegliedert nach Monaten“ anzuzeigen (§ 80 Abs. 2 Satz 1 SGB IX). Dementsprechend waren alle Arbeitsplätze zu berücksichtigen, die mindestens an einem Tag im

¹²⁷ BGBl I 2000, 1394.

¹²⁸ BGBl I 2003, 462.

jeweiligen Monat besetzt waren. Eine stichtagsbezogene Ermittlung war ausgeschlossen.¹²⁹ Es konnte somit ein Arbeitgeber in einem Monat, in dem er 20 Arbeitsplätze besetzt hatte, beschäftigungspflichtig sein und im darauf folgenden Monat nicht mehr, weil ein Arbeitnehmer ausgeschieden war. Seit 2003 gilt das nicht mehr. Mit dem Gesetz zur Änderung von Fristen und Bezeichnungen im Neunten Buch Sozialgesetzbuch und zur Änderung anderer Gesetze vom 03.04.2003¹³⁰ ist auf die **jahresdurchschnittliche Betrachtung** umgestellt worden. Ziele der Umstellung waren: erstens die Harmonisierung mit der Berechnungsweise der Ausgleichsabgabe in § 77 Abs. 1 Satz 3 SGB IX und zweitens den Beginn der Beschäftigungspflicht vom Monatsbezug zu lösen. Die Pflichtplatzzahl errechnet sich jetzt nach dem Durchschnitt der im jeweiligen Jahr nach den §§ 73, 74 SGB IX zu berücksichtigenden Arbeitsplätze. Die Berechnung erfolgt so, dass die für jeden Monat einzeln festgestellte Zahl der Arbeitsplätze durch die Anzahl der Monate geteilt wird, in denen der Arbeitgeber einer Betriebstätigkeit nachgegangen ist.

112 Beispiel¹³¹: Ein Arbeitgeber hat die Betriebstätigkeit im Februar 2005 mit folgender Anzahl von Arbeitsplätzen aufgenommen: Februar: 0, März bis August jeweils 19 und September bis Dezember jeweils 23. Das waren in 11 Monaten zusammen $11 \cdot 19 + 9 \cdot 23 = 206$ Monatsarbeitsplätze. Das ergibt bei einer im Kalenderjahr nur für 11 Monate ausgeübten Betriebstätigkeit: Jahresdurchschnitt 18,72 Arbeitsplätze im Monat. Damit bestand 2005 keine Beschäftigungspflicht.

113 Das Beispiel verdeutlicht, dass nach dieser Berechnungsmethode nur im Nachhinein eine genaue Bestimmung der Beschäftigungspflicht möglich ist. Das wiederum stellt die Praxis vor unlösbare Fragen: Auf welcher Grundlage soll z.B. in einem neugegründeten Betrieb festgestellt werden, ob dem Betriebsrat und der Schwerbehindertenvertretung das nach § 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX von der Nichterfüllung der Beschäftigungsquote abhängige Recht zur Erörterung zusteht, wenn der Arbeitgeber einen schwerbehinderten Stellenbewerber ablehnt?

4. Anzahl der zu besetzenden Pflichtarbeitsplätze

114 Wenn die Gesamtsumme aller nach den §§ 73, 74 SGB IX zu berücksichtigenden und nach § 71 Abs. 1 Satz 1 SGB IX jahresdurchschnittlich zu berechnenden¹³² Arbeitsplätze eines Arbeitgebers festgestellt ist, bemisst sich die Mindestzahl der mit schwerbehinderten Menschen zu besetzenden Arbeitsplätze bei Anwendung der derzeitigen Quote von 5% nach folgender Formel: Anzahl der zu berücksichtigenden Arbeitsplätze (§ 73 SGB IX) $\times 5 / 100$.

115 Bruchteile von 0,5 und mehr sind aufzurunden. Bei Arbeitgebern mit jahresdurchschnittlich weniger als 60 Arbeitsplätzen (§ 74 Abs. 2 SGB IX n.F.)¹³³ findet stets die Abrundung statt (§ 74 Abs. 2 SGB IX).

5. Anrechnung der beschäftigten Schwerbehinderten

116 Ob ein Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht erfüllt, ist nach § 75 SGB IX zu beurteilen. Dort ist die Anrechnung der beschäftigten Behinderten auf die Zahl der Pflichtarbeitsplätze geregelt. Auch hier gilt nicht das Kopfprinzip. Nicht jeder beschäftigte schwerbehinderte Mensch wird gleichermaßen auf die ermittelten Pflichtplätze angerechnet. Mancher überhaupt nicht, mancher einfach und andere mehrfach.

¹²⁹ Düwell in: LPK-SGB IX, § 73 Rn. 5.

¹³⁰ BGBl I 2003, 462.

¹³¹ Düwell in: Hümmerich/Spirolke, Das Arbeitsrechtliche Mandat, § 7 Rn. 427a.

¹³² Siehe Rn. 104.

¹³³ Neugefasst durch Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen v. 23.04.2004, BGBl I 2004, 606.

a. Einfachanrechnung

- 117** Grundsätzlich wird ein schwerbehinderter Mensch, der auf einem Arbeitsplatz i.S.d. § 73 Abs. 1 SGB IX beschäftigt wird, auf **einen Pflichtplatz** angerechnet (§ 75 Abs. 1 SGB IX).
- 118** Nach der Novelle vom 23.04.2004 können zusätzlich auf einen Pflichtplatz angerechnet werden: schwerbehinderte Menschen, die an einer beruflichen Anpassung oder Weiterbildung in einem Betrieb oder in einer Dienststelle teilnehmen (§ 75 Abs. 1, § 33 Abs. 3 Nr. 3 SGB IX), oder in eine Werkstatt i.S.v. § 136 SGB IX aufgenommene Behinderte, die zur Förderung des Übergangs auf den allgemeinen Arbeitsmarkt im Betrieb beschäftigt werden¹³⁴. Unerheblich ist, dass die von diesen Personen besetzten Stellen nicht als Arbeitsplätze im Sinne von § 73 Abs. 1 SGB IX zählen. Angerechnet wird der teilzeitbeschäftigte schwerbehinderte Mensch grundsätzlich erst, wenn er mindestens 18 Wochenarbeitsstunden arbeitet (§ 75 Abs. 2 Satz 1 SGB IX).
- 119** Seit dem 01.05.2004 ist die Anrechnung auch auf die Stellen von schwerbehinderten Beschäftigten erweitert worden, deren wöchentliche Arbeitszeit infolge von Altersteilzeit auf weniger als 18 Wochenstunden herabgesetzt worden ist (§ 75 Abs. 2a SGB IX). Teilzeitbeschäftigte Schwerbehinderte mit weniger als 18 Wochenstunden Beschäftigung werden von der Arbeitsagentur zur Anrechnung zugelassen, wenn die Teilzeitbeschäftigung wegen Art und Schwere der Behinderung notwendig ist.
- 120** Angerechnet wird der nichtbehinderte Inhaber eines Bergmannsversorgungsscheins, der auf einem Arbeitsplatz im Sinne von § 73 Abs. 1 SGB IX beschäftigt wird (§ 75 Abs. 4 SGB IX).
- 121** Der schwerbehinderte Arbeitgeber wird nach § 75 Abs. 3 SGB IX angerechnet, soweit er nicht Gesellschaftsorgan ist. Denn Organmitglieder juristischer Personen werden von der Rechtsprechung ausgenommen. Das gilt auch dann, wenn der Geschäftsführer einer GmbH kein Gesellschafter und weisungsabhängig ist.¹³⁵

b. Mehrfachanrechnung

- 122** Mindestens auf **zwei** Pflichtplätze angerechnet wird ein schwerbehinderter Mensch, der zur Ausbildung beschäftigt wird (§ 76 Abs. 2 Satz 1 SGB IX). Die Arbeitsagentur (AA) kann die Anrechnung eines auszubildenden schwerstbehinderten Menschen i.S.d. § 72 Abs. 1 SGB IX auf **drei** Pflichtplätze zulassen (§ 76 Abs. 2 Satz 2 SGB IX). Mit Gesetz vom 23.04.2004 ist die Mehrfachanrechnung nach der Ausbildung in § 76 Abs. 2 Satz 3 SGB IX erweitert worden. Bei Übernahme in ein Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnis durch den Auszubildenden oder einen anderen Arbeitgeber im Anschluss an eine abgeschlossene Ausbildung wird der schwerbehinderte Mensch im ersten Jahr der Beschäftigung auf (mindestens) zwei Pflichtarbeitsplätze angerechnet.
- 123** Die Arbeitsagentur kann die Anrechnung eines schwerbehinderten Menschen, insbesondere eines schwerstbehinderten i.S.d. § 72 Abs. 1 SGB IX, auf höchstens **drei** Pflichtplätze zulassen, wenn dessen Teilnahme am Arbeitsleben auf besondere Schwierigkeiten stößt (§ 76 Abs. 1 SGB IX) oder er zur Ausbildung beschäftigt wird und die Vermittlung in eine berufliche Ausbildungsstelle wegen Art oder Schwere der Behinderung auf besondere Schwierigkeiten stößt (§ 76 Abs. 2 Satz 2 SGB IX). Die Möglichkeit der Zulassung der Mehrfachanrechnung ist mit dem Gesetz

¹³⁴ Einzelheiten bei *Cramer*, NZA 2004, 698, 701.

¹³⁵ BVerwG v. 24.02.1994 - 5 C 44.92 - AP § 7 SchwbG 1986 Nr. 1; BVerwG v. 25.07.1997 - 5 C 16.96 - AP § 7 SchwbG 1986, Nr. 2; OVG NRW v. 12.12.1997 - 24 A 4419/95 - n.v.; a.A. LSG BW v. 20.12.1995 - L 3 Ar 2276/93 - n.v.

vom 23.04.2004 auch für schwerbehinderte Beschäftigte eingeführt worden, die aus einer Werkstatt für behinderte Menschen übernommen werden (§ 76 Abs. 1 Satz 2 SGB IX). Damit soll der Übergang zum allgemeinen Arbeitsmarkt unterstützt werden.¹³⁶

E. Der Anspruch auf Zusatzurlaub

- 124** Schwerbehinderte Menschen haben nach § 125 Satz 1 SGB IX Anspruch auf einen bezahlten einwöchigen **Zusatzurlaub**. Gleichgestellte behinderte Menschen sind nach § 2 Abs. 3 SGB IX von diesem Anspruch ausgeschlossen.

I. Unveränderte nominale Dauer des Zusatzurlaubs

- 125** In § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX sollten nach dem Willen der Bundesratsmehrheit die Wörter „zusätzlichen Urlaub von fünf Arbeitstagen im Urlaubsjahr“ durch die Wörter „zusätzlichen Urlaub von drei Arbeitstagen im Urlaubsjahr“ ersetzt werden. Die Bundesratsmehrheit begründete das damit, der gegenwärtige Anspruch schwerbehinderter Menschen auf fünf Tage Zusatzurlaub je Urlaubsjahr bedeute für diesen Personenkreis zwar eine spürbare Erleichterung bei der Ausübung einer Beschäftigung im regulären Arbeitsmarkt. Andererseits führe dieser Zusatzurlaub aber zu einer Erhöhung der Personalkosten der Unternehmen für jeden besetzten Schwerbehinderten-Arbeitsplatz um über zwei Prozent. Damit sei dieser Zusatzurlaub ein erhebliches Einstellungshemmnis für arbeitssuchende Schwerbehinderte. Durch eine Reduzierung des Zusatzurlaubs von bisher fünf auf künftig drei Tage würden die Personalzusatzkosten des Zusatzurlaubs für die Unternehmen um 40 Prozent reduziert. Diese wirtschaftlich begründete Kürzung der Urlaubsdauer ist vom Bundestag verhindert worden. Der politische Kompromiss lautete: Anstatt zu kürzen, wird die Quotelung eingeführt.

II. Die Berechnung des konkreten Individualanspruchs

- 126** Seit In-Kraft-Treten des Ersten Gesetzes zur Änderung des SchwbG von 1986 zum 01.01.1987 ist für die Berechnung der Dauer des Zusatzurlaubs auf die individuelle Verteilung der Arbeitszeit abzustellen. Damit hat der Gesetzgeber die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Umrechnung von Werk- und Arbeitstagen¹³⁷ übernommen. Er hat dabei die 5-Tage-Arbeitswoche als Regelfall zugrunde gelegt. Für diesen Grundfall hat er einen Zusatzurlaub von fünf Arbeitstagen bestimmt (§ 125 Satz 1 HS. 1 SGB IX). Verteilt der Arbeitgeber die Arbeitszeit auf mehr oder weniger Arbeitstage die Woche, erhöht oder vermindert sich entsprechend der Zusatzurlaub (§ 125 Satz 1 HS. 2 SGB IX). Ohne Bedeutung ist, ob der Schwerbehinderte teil- oder vollzeitig beschäftigt wird. Dieser Unterschied hat nur Bedeutung für die Höhe des während des Zusatzurlaubstages fortzuzahlenden Entgelts.
- 127 Erstes Beispiel:** Ein mit 30 Stunden in der Woche beschäftigter schwerbehinderter Teilzeitarbeiter hat an sechs Tagen in der Woche jeweils fünf Stunden zu arbeiten. Er hat Anspruch auf sechs Tage Zusatzurlaub. An diesen Urlaubstagen ist das Entgelt für die ausgefallene Arbeitszeit von fünf Stunden fortzuzahlen.

¹³⁶ Einzelheiten bei *Cramer*, NZA 2004, 698, 702.

¹³⁷ Vgl. BAG v. 08.03.1984 - 6 AZR 442/83 - BAGE 45, 199.

128 Zweites Beispiel: Ein vollzeitig mit 40 Stunden beschäftigter schwerbehinderter Arbeitnehmer hat an fünf Tagen jeweils acht Stunden zu arbeiten. Er hat Anspruch auf fünf Tage Zusatzurlaub. Während des Zusatzurlaubs ist das Entgelt pro Urlaubstag bezogen auf acht ausgefallene Arbeitsstunden fortzuzahlen.

III. Teil- und Vollurlaub

129 § 125 SGB IX regelt ausdrücklich nur den so genannten „vollen“ Urlaubsanspruch. Dieser Fachbegriff stammt aus dem BUrlG. Dort dient er zur Abgrenzung zum Teilurlaub nach § 5 BUrlG, der vor Ablauf der Wartezeit für jeden Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses ein Zwölftel des vollen Jahresurlaubs beträgt. Der nach § 4 BUrlG erstmalig nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses erworbene „volle“ Urlaubsanspruch wird demgegenüber als Vollurlaub bezeichnet. Diese Begrifflichkeit ist auch auf den Zusatzurlaub anwendbar. Der schwerbehinderte Beschäftigte erwirbt entsprechend § 5 Abs. 1 BUrlG nur einen Teilanspruch auf zusätzlichen Urlaub, wenn er

- nach dem 30. Juni eintritt und daher nicht mehr die volle Wartezeit bis zum Ablauf des Kalenderjahres zurücklegen kann (§ 5 Abs. 1 lit. a BUrlG),
- wenn er zwar vor dem 30. Juni eintritt, aber vor Ablauf von sechs Monaten ausscheidet (§ 5 Abs. 1 lit. b BUrlG),
- wenn er zwar insgesamt schon länger als sechs Monate beschäftigt wird, aber in der ersten Hälfte des zweiten Beschäftigungsjahres aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet (§ 5 Abs. 1 lit. c BUrlG).

130 Scheidet der schwerbehinderte Beschäftigte aus dem Arbeitsverhältnis nach erfüllter sechsmonatiger Wartezeit in der zweiten Hälfte eines Kalenderjahres aus, so bleibt nach § 5 Abs. 1 BUrlG der volle Urlaubsanspruch ungekürzt erhalten. Dieser Grundsatz gilt ohne jede Einschränkung auch für den zusätzlichen Urlaub. Denn der schwerbehindertenrechtliche Zusatzurlaub bleibt von etwaigen tarifvertraglichen Zwölftelungsvorschriften unberührt.¹³⁸

IV. Bruchteile des Urlaubs

131 Hat der schwerbehinderte Beschäftigte nur Anspruch auf Teilurlaub, so ist der Zusatzurlaub entsprechend § 5 Abs. 1 BUrlG für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeits- oder Dienstverhältnisses zu zwölfteln. Die dabei entstehenden Bruchteile von Urlaubstagen sind nach § 5 Abs. 2 BUrlG, soweit sie mindestens einen halben Tag ergeben, auf volle Urlaubstage aufzurunden.

132 Entstehen bei der Umrechnung nach § 125 Satz 1 HS. 2 SGB IX Bruchteile von Zusatzurlaubstagen, so wurden diese bisher weder auf- noch abgerundet. Die in § 5 Abs. 2 BUrlG enthaltene Rundungsregel ist ausschließlich auf Teilurlaub bezogen. Bei der Berechnung der Urlaubsdauer nach § 125 Satz 1 SGB IX wird demgegenüber ein Vollurlaub errechnet.

133 Beispiel: Die Arbeitszeit des schwerbehinderten Arbeitnehmers verteilt sich in der Doppelwoche abwechselnd auf 4 und 5 Tage. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf 4,5 Tage Zusatzurlaub. Der bei der Berechnung des Vollurlaubs entstehende Bruchteil ist vom Arbeitgeber durch entsprechende stundenweise Arbeitsfreistellung zu erfüllen.¹³⁹

¹³⁸ BAG v. 08.03.1994 - 9 AZR 49/93 - BAGE 76, 74 = EzA § 47 SchwbG Nr. 2.

¹³⁹ Vgl. BAG v. 08.03.1984 - 6 AZR 442/83 - BAGE 45, 199.

- 134** Ob das auch nach neuem Recht so gilt, ist fraglich; denn jetzt ist in § 125 SGB IX die Regelung aufgenommen: „Bruchteile von Urlaubstagen, die mindestens einen halben Tag ergeben, sind auf volle Urlaubstage aufzurunden.“

V. Quotelung für den Zusatzurlaub im Jahr der Feststellung

- 135** Besteht die Schwerbehinderteneigenschaft nicht während des gesamten Kalenderjahres, so hat der schwerbehinderte Mensch für jeden vollen Monat der im Beschäftigungsverhältnis vorliegenden Schwerbehinderteneigenschaft nur den Anspruch auf ein Zwölftel des Zusatzurlaubs. Das hat die Novelle vom 23.04.2004 durch die Anfügung des Absatz 2 an § 125 SGB IX bewirkt. Der Sache nach ist das die Einführung einer Teilurlaubsregelung, wie sie für den Vollurlaub in ähnlicher Weise bei nicht erfüllter Wartezeit in den §§ 4, 5 BUrlG geregelt ist. Nach der Rechtsprechung des BAG fehlte für den Zusatzurlaubsanspruch eine spezifische Teilurlaubsregelung, so dass keine Quotelung im Jahr der Anerkennung stattfand.¹⁴⁰ Diese Rechtslage ist bewusst mit einem Federstrich des Gesetzgebers umgestaltet worden.
- 136** Die alte Rechtslage, die keine Zwölftelung im Anerkennungsjahr vorsah, bestand bis 30.04.2004. Denn das neue Recht ist erst zum 01.05.2004 in Kraft getreten. Der Gesetzgeber hat von einer rückwirkenden Änderung abgesehen. Wessen Schwerbehinderung mit Wirkung vor dem 01.05.2004 festgestellt worden war, dessen Zusatzurlaub entstand noch nach altem Recht als Vollurlaub, also ungezwölftet. Ob er heute noch zu einer Forderung berechtigt, hängt davon ab, ob er übertragen worden¹⁴¹ und noch nicht verfallen oder vor dem Verfall rechtzeitig geltend gemacht¹⁴² worden ist.
- 137** Ergibt die Quotelung einen Bruchteil von Urlaubstagen, so gilt nach der ausdrücklich in Satz 2 des Absatzes 2 getroffenen Regelung eine weitere Rundungsregel: Ein Bruchteil, der mindestens einen halben Tag ergibt, ist auf einen vollen Urlaubstag aufzurunden.
- 138** Der so ermittelte Zusatzurlaub ist dann nach Satz 3 dem tariflichen, vertraglichen Erholungsurlaub oder dem gesetzlichen Mindesturlaub hinzuzurechnen. Er kann nach Satz 3 letzter Halbsatz bei einem nicht im ganzen Kalenderjahr bestehenden Beschäftigungsverhältnis nicht erneut gemindert werden. Damit ist eine Kumulierung der Zwölftelungsgrundsätze bei Teilurlaub im Feststellungsjahr ausdrücklich ausgeschlossen. Ob diese Bestimmung zur Anwendung gelangen kann, ist zweifelhaft; denn das Gesetz räumt nur für jeden Monat der „im Beschäftigungsverhältnis vorliegenden Schwerbehinderung“ ein Zwölftel ein.
- 139 Beispiel:** Der seit 30 Jahren beschäftigte Gerd Müller scheidet am 30.06.2005 aus dem Arbeitsverhältnis aus. Er hat am 02.01.2005 den Antrag auf Feststellung einer Schwerbehinderung gestellt. Auf seinen Antrag wird am 02.02. rückwirkend zum 02.01.2005 ein GdB von 50 festgestellt. Die neu eingeführte Zwölftelung im Feststellungsjahr kürzt den vollen Zusatzurlaub auf 5/12, weil er nur volle fünf Monate im Jahr 2005 schwerbehindert ist. Nach § 5 Abs. 1c BUrlG hätte er ohne die Zwölftelungsbestimmung in § 125 Abs. 2 SGB IX den höheren Anspruch auf 6/12.

¹⁴⁰ BAG v. 26.06.1986 - 8 AZR 266/84 - BAGE 52, 258 = AP Nr. 6 zu § 44 SchwbG; BAG v. 26.04.1990 - 8 AZR 517/89 - BAGE 65, 122 = AP Nr. 53 zu § 7 BUrlG Abgeltung; BAG v. 21.02.1995 - 9 AZR 746/93 - AP Nr. 8 zu § 47 SchwbG 1986.

¹⁴¹ Rn. 129.

¹⁴² Rn. 129 f.

VI. Quotelung nach Wegfall der Schwerbehinderung

- 140** Die Zwölfteilungsregelung greift auch dann, wenn ein schwerbehinderter Mensch diese Eigenschaft im Verlauf des Urlaubsjahres nach § 116 SGB IX verliert. Während nach altem Recht keine Quotelung in Betracht kam¹⁴³, gilt jetzt auch hier das Zwölfteilungsprinzip; denn im Jahr der Beendigung der Anwendung der besonderen Regelungen des Teils 2 des SGB IX besteht nicht während des gesamten Kalenderjahres die Schwerbehinderteneigenschaft.
- 141** Der zeitliche Gleichlauf von Schwerbehinderteneigenschaft und Anwendbarkeit der besonderen Regelungen zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen wird durch § 116 Abs. 1 HS. 2 SGB IX durchbrochen. Sinkt der GdB eines schwerbehinderten Menschen auf weniger als 50, so werden die ihn begünstigenden Bestimmungen des Schwerbehindertenrechts noch im Rahmen einer Auslauffrist weiter angewandt. Diese Frist endet mit dem Ablauf des dritten Kalendermonats nach Eintritt der Unanfechtbarkeit des Bescheides, mit dem der GdB vom Versorgungsamt oder die MdE vom Rentenversicherungsträger im Rentenbescheid herabgesetzt worden ist. Da die Dreimonatsfrist erst mit Unanfechtbarkeit des Herabsetzungsbescheids beginnt, kann durch ein langdauerndes Widerspruchs- und Klageverfahren der Wegfall des Anspruchs auf Zusatzurlaub weit hinausgeschoben werden. Das wird im Schrifttum bedauert, weil die Kostenfreiheit des sozialgerichtlichen Verfahrens dazu einlade.¹⁴⁴

VII. Übertragung des Zusatzurlaubs

- 142** In § 125 Abs. 3 SGB IX ist zum ersten Mal eine gesetzliche Regelung für das Problem geschaffen worden, das auftritt, wenn das Versorgungsamt erst nach Ablauf des Urlaubsjahres über den Feststellungsantrag entscheidet. Wird die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nach § 69 Abs. 1 und 2 SGB IX rückwirkend festgestellt, so wird nach dem Wortlaut der Gesetzesfassung für die Übertragung des Zusatzurlaubs in das nächste Kalenderjahr auf die für den Grundurlaub geltenden urlaubsrechtlichen Bestimmungen verwiesen. Fraglich ist, ob die Regelung gelungen ist; denn es fehlt an der Klarheit: Sollte hier ein eigenständiger Übertragungstatbestand geschaffen werden? Während die BIH der Auffassung ist, mit der Neuregelung werde damit der Zusatzurlaub des vorangegangenen Kalenderjahres automatisch übertragen¹⁴⁵, vertritt der ehemals für das Schwerbehindertenrecht zuständige Referent die entgegengesetzte Auffassung¹⁴⁶: „Zusatzurlaub aus vergangenen Jahren kann nicht beansprucht werden“.
- 143** Der Arbeitnehmer ist gut beraten, der im laufenden Antragsverfahren seinen Anspruch auf Zusatzurlaub gegenüber dem Arbeitgeber verlangt. Denn hat der Arbeitnehmer den Urlaubsanspruch erfolglos geltend gemacht und war dem Arbeitgeber der Anspruch noch vor Ablauf des Urlaubsjahres erfüllbar, so muss der Arbeitgeber für die infolge des Erlöschens des Urlaubsanspruchs eingetretene Unmöglichkeit seiner Erfüllung einstehen. An die Stelle des ursprünglichen Urlaubsanspruchs tritt dann ein **Ersatzurlaubsanspruch**.¹⁴⁷

¹⁴³ Vgl. hierzu LArbG Niedersachsen v. 25.03.1998 - 15 Sa 1660/97 - DB 1998, 1292.

¹⁴⁴ *Dau* in: LPK-SGB IX, 2. Aufl., § 116 Rn. 7 f.

¹⁴⁵ Behinderte Menschen im Beruf (ZB) 2004, Nr. 2 Beilage ZB extra S. 13.

¹⁴⁶ *Cramer*, NZA 2004, 698, 711.

¹⁴⁷ Ständige Rechtsprechung seit BAG v. 22.10.1991 - 9 AZR 373/90 - BAGE 68, 362 = AP Nr. 1 zu § 47 SchwbG 1986; BAG v. 21.02.1995 - 9 AZR 166/94 - BAGE 79, 211 = BB 1995, 410.

VIII. Abgeltung von Zusatzurlaub

- 144** Der Anspruch auf **Abgeltung** von Zusatzurlaub am Ende des Arbeitsverhältnisses folgt ebenso wie der Anspruch auf Abgeltung des Grundurlaubs aus § 7 Abs. 4 BUrlG. Der Schwerbehinderte kann die Abgeltung auch dann noch verlangen, wenn er dem Arbeitgeber das Vorliegen der Schwerbehinderung erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mitteilt. Eine vorherige Geltendmachung ist für die Entstehung des Abgeltungsanspruchs nicht erforderlich.¹⁴⁸

IX. Urlaubsgeld für den Zusatzurlaub

- 145** Bestimmt ein Tarifvertrag, dass sich das **Urlaubsentgelt** (§ 11 BUrlG) nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst der letzten drei Monate und einem Zuschlag von 50% bemisst, so hat auch der schwerbehinderte Mensch während des Zusatzurlaubs einen um den Zuschlag erhöhten Anspruch.¹⁴⁹

X. Unabdingbarkeit des Zusatzurlaubs

- 146** Arbeits- oder tarifvertragliche **Abweichungen** von § 125 Satz 1 SGB IX¹⁵⁰ zu Lasten schwerbehinderter Menschen sind unzulässig,¹⁵¹ z.B. wenn ein Tarifvertrag den Umfang des Zusatzurlaubs verkürzt.¹⁵²
- 147 Beispiel:** Der 20 Jahre im Betrieb beschäftigte schwerbehinderte Mayer ist am 23.07.2004 aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden. Er hat nur 7/12 des Tarifurlaubs und einen entsprechend gekürzten Zusatzurlaub erhalten. Zu wenig?
- 148 Lösung:** Der Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen ist in § 125 SGB IX geregelt. Danach haben in der 5-Tage-Woche beschäftigte schwerbehinderte Menschen Anspruch auf einen bezahlten zusätzlichen Urlaub von fünf Arbeitstagen im Urlaubsjahr. Der Anspruch erhöht oder vermindert sich, je nachdem, ob Arbeitspflicht an mehr oder weniger als fünf Tagen in der Woche besteht. Scheidet ein Arbeitnehmer nach mehr als sechsmonatiger Betriebszugehörigkeit in der zweiten Jahreshälfte aus, so findet schon nach § 5 Abs. 1 BUrlG keine Zwölfteilung des Jahresurlaubs statt. So ist es hier. Der schwerbehinderte Mayer ist in der zweiten Hälfte des Jahres 2004 ausgeschieden. Ihm stand der volle Erholungsurlaub zu. Er hat zu wenig bekommen. Das gilt auch dann, wenn durch einen Tarifvertrag für den Grundurlaub eine Zwölfteilungsregelung bei Ausscheiden aus dem 2. Halbjahr eingeführt ist. Eine tarifliche Zwölfteilungsregelung ist für den gesetzlichen Zusatzurlaub der schwerbehinderten Menschen unwirksam.¹⁵³
- 149** Zulässig ist eine tarifliche Regelung zur zeitlichen Lage des (Zusatz-) Urlaubs (§ 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG). Das BUrlG ist insoweit abdingbar (§ 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG).¹⁵⁴

¹⁴⁸ Vgl. BAG v. 25.06.1996 - 9 AZR 182/95 - AP Nr. 11 zu § 47 SchwbG 1986.

¹⁴⁹ Vgl. BAG v. 23.01.1996 - 9 AZR 891/94 - AP Nr. 9 zu § 47 SchwbG 1986 für den Rahmentarifvertrag für Angestellte des metallverarbeitenden Handwerks in Bayern vom 30.06.1989.

¹⁵⁰ Entspricht § 47 Satz 1 SchwbG.

¹⁵¹ Vgl. *Leinemann/Linck*, Urlaubsrecht, Teil II B Rn. 8.

¹⁵² Vgl. BAG v. 08.03.1994 - 9 AZR 49/93 - AP Nr. 5 zu § 47 SchwbG 1986 = NZA 1994, 1095.

¹⁵³ Vgl. BAG v. 08.03.1994 - 9 AZR 49/93 - AP § 47 SchwbG 1987 Nr. 5 = NZA 1994, 1095.

¹⁵⁴ Vgl. BAG v. 13.02.1996 - 9 AZR 79/95 - AP Nr. 12 zu § 47 SchwbG 1986.

F. Die Interessenvertretung der schwerbehinderten Menschen im Betrieb

150 Die Schwerbehindertenvertretung ist eine gewählte Vertretung für die besonderen Interessen der schwerbehinderten und ihnen gleichgestellten Menschen in den Betrieben der Privatwirtschaft und in den Verwaltungen des öffentlichen Dienstes. Sie hat eine Doppelrolle zu erfüllen. Einerseits soll sie die spezifischen Interessen der schwerbehinderten und ihnen gleichgestellten Menschen gegenüber dem Arbeitgeber vertreten, andererseits soll sie ihnen gemeinsam mit dem Arbeitgeber beratend und helfend zur Seite stehen.

I. Vertretungsorgan neben Betriebs- und Personalrat

151 Der Schwerbehindertenvertretung sind dazu keine erzwingbaren Mitbestimmungsrechte gegenüber dem Arbeitgeber, sondern nur Mitwirkungsrechte eingeräumt. Träger der Mitbestimmung sind ausschließlich die Betriebs- und Personalräte. Vor dem 01.10.2001 stand auch die Befugnis zu kollektiven Regelungen allein den Betriebs- und Personalräten zu. Das ist aber mit Einführung der auf Antrag der Schwerbehindertenvertretung zu verhandelnden und abzuschließenden Integrationsvereinbarung für diesen Bereich geändert worden. Ansonsten gilt, wenn die Schwerbehindertenvertretungen zugunsten der schwerbehinderten und ihnen gleichgestellten Menschen Regelungen erreichen wollen, müssen sie durch ihre beratende Teilnahme an den Sitzungen auf die Willensbildung der Betriebs- oder Personalräte Einfluss nehmen, dass entsprechende Betriebs- oder Dienstvereinbarungen abgeschlossen werden. Wo noch keine Schwerbehindertenvertretung besteht, sollen Betriebs- und Personalräte ihre Einrichtung fördern, indem sie die Schwerbehinderten zur Wahl veranlassen (§ 93 Satz 2 HS. 2 SGB IX). Das Recht der SBV ist zuletzt durch das am BetrVerf-RG zum 01.07.2001 durch Erweiterung des Schutzes der Vertrauenspersonen geändert worden.

1. Eigenständige Aufgabenstellung

152 Nach § 95 Abs. 1 SGB IX hat die Schwerbehindertenvertretung die Eingliederung arbeitsuchender schwerbehinderter und ihnen gleichgestellter Menschen in den Betrieb zu fördern, die Interessen der bereits im Betrieb beschäftigten schwerbehinderten Menschen zu vertreten sowie dem einzelnen schwerbehinderten Beschäftigten beratend und helfend zur Seite zu stehen.

153 Zu den gesetzlichen Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung gehört nach § 95 Abs. 1 Satz 2 SGB IX vor allem:

- darüber zu wachen, dass die zugunsten der schwerbehinderten Menschen geltenden Gesetze, Verordnungen, Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und Verwaltungsanordnungen durchgeführt, insbesondere die dem Arbeitgeber nach den §§ 71, 72 SGB IX obliegende Mindestbeschäftigung von schwerbehinderten Menschen und die nach § 81 SGB IX bestehenden besonderen arbeitsrechtlichen Pflichten erfüllt werden,
- Maßnahmen, die den schwerbehinderten Menschen dienen, bei den zuständigen Stellen zu beantragen, z.B. bei den Integrationsämtern auf eine behindertengerechte Ausstattung der Arbeitsplätze hinzuwirken,
- Anregungen und Beschwerden von schwerbehinderten Menschen entgegenzunehmen und auf ihre Erledigung durch Verhandlung mit dem Arbeitgeber hinzuwirken,

- Beschäftigte bei Anträgen an die Versorgungsverwaltung sowie bei Anträgen auf Gleichstellung an das Arbeitsamt zu unterstützen.

2. Unabhängigkeit vom Betriebs- und Personalrat

154 Die Schwerbehindertenvertretung ist eine rechtlich vom Betriebsrat unabhängige Sondervertretung aller im Betrieb beschäftigten schwerbehinderten Menschen (einschließlich der leitenden Angestellten). Sie kann deshalb, anders als die Jugend- und Auszubildendenvertretung, auch dann gebildet werden, wenn kein Betriebsrat besteht. Sie kann, ohne der Zustimmung des Betriebsrats zu bedürfen, selbstständig ihre Rechte gerichtlich gegen den Arbeitgeber geltend machen (§ 2a Abs. 1 Nr. 3a ArbGG). Allerdings ist sie auf die Unterstützung des Betriebsrats angewiesen, wenn es um kollektive Regelungen geht. Sie hat nämlich keine Mitbestimmungsrechte und auch nicht die Befugnis, für die Gruppe der schwerbehinderten Menschen verbindliche kollektive Regelungen zu vereinbaren. Dazu bedarf es einer vom Betriebsrat nach § 77 BetrVG abzuschließenden Betriebsvereinbarung. Durch das Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter vom 29.09.2000¹⁵⁵ sind die Rechte der Schwerbehindertenvertretungen ausgeweitet worden. Erstmals sind die Schwerbehindertenvertretungen in der Lage, verbindliche Vereinbarungen mit den Arbeitgebern zu treffen. Nach § 83 SGB IX haben die Arbeitgeber die Pflicht, mit ihnen so genannte Integrationsvereinbarungen zu schließen.

II. Ein-Personenvertretung

155 Die Schwerbehindertenvertretung ist **kein** Kollegialorgan wie der Betriebsrat. Die **Aufgaben** der Schwerbehindertenvertretung **nimmt allein die gewählte Vertrauensperson wahr**.

1. Stellvertretung und Nachrücken

156 Die Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung nimmt allein die gewählte **Vertrauensperson** wahr. Entsprechend § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG wird sie bei vorübergehender Verhinderung von dem gewählten stellvertretenden Mitglied vertreten. Ein Verhinderungsfall liegt insbesondere vor, wenn die Vertrauensperson arbeitsunfähig erkrankt nicht zur Arbeit erscheint oder nicht im Betrieb ist, weil sie auf einer Dienstreise ist. Ist die Vertrauensperson im Betrieb anwesend, kann dennoch ein Verhinderungsfall gegeben sein. Das ist z.B. dann der Fall, wenn die Vertrauensperson an einer Sitzung des Betriebsrats (oder als GSBV an einer Sitzung des GBR) teilnimmt und zur gleichen Zeit die monatliche Sprechstunde ansteht. Dann ist die Vertrauensperson an der Abhaltung der Sprechstunde verhindert und wird durch das stellvertretende Mitglied vertreten. Denn nach § 94 Abs. 1 Satz 1 SGB IX liegt ein Fall der Verhinderung nicht nur bei Abwesenheit, sondern auch bei **Wahrnehmung anderer Aufgaben** vor. Ein weiterer, nicht ausdrücklich aufgeführter Fall der Verhinderung ist dann gegeben, wenn die Vertrauensperson ihr Amt nicht ausüben kann, weil sie in eigenen Angelegenheiten tätig würde.¹⁵⁶ Davon ist auszugehen, wenn die Schwerbehindertenvertretung beteiligt werden soll, weil der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit der Vertrauensperson außerordentlich kündigen will.

157 Scheidet die Vertrauensperson vorzeitig aus dem Amt aus, rückt das mit der höchsten Stimmenzahl gewählte stellvertretende Mitglied für den Rest der Amtszeit nach (§ 94 Abs. 7 Satz 4 SGB IX). Ein Fall des Ausscheidens liegt auch vor, wenn die Vertrauensperson in die Freistellungsphase

¹⁵⁵ BGBl I 2000, 1394.

¹⁵⁶ Vgl. BAG v. 26.08.1981 - 7 AZR 550/79 - AiB 1982, 32.

(Blockmodell) der Altersteilzeit wechselt.¹⁵⁷ Besteht bis zur vollständigen rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Arbeitspflicht mehr, so fehlt es an einer „Beschäftigung“. Diese ist Wählbarkeitsvoraussetzung. Das Ergebnis wird vermieden, wenn bei der Altersteilzeit nicht das Blockmodell, sondern das Teilzeitmodell gewählt wird.

2. Heranziehung des stellvertretenden Mitglieds

- 158** Das Prinzip der Ein-Personen-Vertretung ist in § 95 Abs. 1 Satz 4 SGB IX vorsichtig abgeändert. Nur für Großbetriebe mit in der Regel mehr als 200 schwerbehinderten Menschen durfte bis Ende April 2004 die Vertrauensperson den mit der höchsten Stimmenzahl gewählten Stellvertreter zu bestimmten Aufgaben heranziehen. Da in § 95 Abs. 1 Satz 4 SGB IX mit Wirkung seit Mai 2004 der Schwellenwert für die Heranziehung des Stellvertreters durch die Vertrauensperson von „200“ auf „100“ herabgesetzt worden ist, kann in Betrieben und Dienststellen mit mehr als 200 schwerbehinderten Menschen die Vertrauensperson nicht nur das Erste Stellvertretende Mitglied, sondern auch zusätzlich noch das mit der nächsthöchsten Stimmzahl gewählte weitere stellvertretende Mitglied zur Mitarbeit heranziehen. Nach dem angefügten § 95 Abs. 1 Satz 5 SGB IX schließt die Heranziehung zu bestimmten Aufgaben auch die Abstimmung untereinander ein. Damit gibt es eine Grundlage für Sitzungen der Schwerbehindertenvertretung. Das Stimmrecht steht aber nur der Vertrauensperson zu.
- 159** Nach der Rechtsprechung des 7. Senats des BAG ist die Heranziehung weiterer stellvertretender Mitglieder nach dieser Bestimmung nicht vorgesehen. Das soll auch bei vorübergehender Verhinderung des nach § 95 Abs. 1 Satz 4 SGB IX herangezogenen stellvertretenden Mitglieds gelten.¹⁵⁸ Das wird damit begründet, die Schwerbehindertenvertretung sei kein Kollegialorgan. Sie bleibe bei der Heranziehung vielmehr ein Ein-Personen-Gremium. Lediglich ein oder mehrere von der Vertrauensperson festgelegte Aufgaben werden von dem herangezogenen stellvertretenden Mitglied eigenverantwortlich erledigt. Dies dient der Entlastung der Vertrauensperson, weil diese in Betrieben oder Dienststellen mit mehr als 200 schwerbehinderten Menschen möglicherweise nicht in der Lage ist, die gesamten der Schwerbehindertenvertretung obliegenden Aufgaben dauerhaft allein zu bewältigen. Dieser Regelungszweck erfordere es aber nicht, bei der vorübergehenden Verhinderung des herangezogenen stellvertretenden Mitglieds ein weiteres stellvertretendes Mitglied zur Aufgabenerledigung heranzuziehen. Die in dieser Zeit anfallenden unaufschiebbaren Aufgaben aus dem Wirkungskreis des verhinderten stellvertretenden Mitglieds seien vielmehr grundsätzlich von der Vertrauensperson selbst zu erledigen. Sofern dabei Terminkollisionen auftreten, könne dem dadurch begegnet werden, dass ein weiteres stellvertretendes Mitglied als Vertreter gemäß § 94 Abs. 1 Satz 1 SGB IX tätig wird. Gleiches gelte, wenn das stellvertretende Mitglied mit der höchsten Stimmenzahl die Vertrauensperson während deren Verhinderung nach § 94 Abs. 1 Satz 1 SGB IX vertritt. Ob diese Rechtsprechung mit dem seit Mai 2003 geänderten Recht vereinbar ist, erscheint zweifelhaft.
- 160** Die Schwerbehindertenvertretung hat den Arbeitgeber vor der Heranziehung zu unterrichten. Die Heranziehung bedarf nicht des Einverständnisses des Arbeitgebers. Er ist lediglich davon zu unterrichten. Die Vertrauensperson ist nicht zu einer willkürlichen Heranziehung berechtigt. Die Heranziehung muss zur Bewältigung der Aufgaben erforderlich sein.¹⁵⁹ Art und Umfang der

¹⁵⁷ *Kuhlmann*, Behindertenrecht 2002, 1 unter Bezug auf den Beschluss BAG v. 27.06.2001 - 7 ABR 50/99 - Behindertenrecht 2001, 203, der zur Dauer des Mandats im Aufsichtsrat ergangen ist.

¹⁵⁸ BAG v. 07.04.2004 - 7 ABR 35/03 - Behindertenrecht 2004, 110.

¹⁵⁹ *Düwell* in: LPK-SGB IX, § 95 Rn. 1 und *Düwell*, BB 2000, 2570, 2573; zust. *Dörner* in: SchwbG, § 25 Rn. 15.

Übertragung bestimmt die Vertrauensperson. Der herangezogene Stellvertreter besitzt dann für den ihm zur eigenen Erledigung übertragenen Wirkungskreis Rechtsstellung eines Vertrauensmannes. Er kann seinen Aufgabenkreis nicht selbständig erweitern. Ihm können die Aufgaben insbesondere bei geringerem Bedarf wieder entzogen werden. Für die Entscheidung über die Beschränkung der Aufgabenwahrnehmung oder den völligen Entzug der übertragenen Aufgaben ist die Vertrauensperson allein zuständig.