

Der besondere Kündigungsschutz schwerbehinderter Menschen nach §§ 85 ff. SGB IX – eine Schutzlücke für Menschen mit Behinderungen außerhalb des Schwerbehindertenrechts? – Kommentar aus Sicht der Arbeitsgerichtsbarkeit

Anke Berger

I. Einführung

Statistischen Erhebungen zufolge lebten in der Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2011 etwa 7,5 Millionen Menschen, die einen Feststellungsbescheid über ihre Eigenschaft als behinderter oder schwerbehinderter Mensch erhalten hatten¹. Unter den behinderten Menschen im erwerbsfähigen Alter (15 bis 65 Jahre) waren rund 3,3 Millionen Menschen schwerbehindert oder einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt. Davon gingen etwas mehr als eine Million Menschen einer abhängigen Beschäftigung als Arbeitnehmer nach².

Schwerbehinderte Arbeitnehmer genießen in Deutschland seit langer Zeit besonderen Kündigungsschutz³. Seit dem 1. Juli 2001 ist dieser Schutz in §§ 85 bis 92 des „Sozialgesetzbuch – Neuntes Buch – (SGB IX) Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen“⁴ geregelt. Ausnahmen sind in § 90 SGB IX aufgeführt. Die Bestimmungen gelten gemäß § 68 Abs. 1 SGB IX ausschließlich für schwerbehinderte und diesen gleichgestellte behinderte Menschen, die eine Beschäftigung innerhalb des Bundesgebiets ausüben⁵. Nach § 2 Abs. 2 SGB IX sind Menschen schwerbehindert, wenn bei ihnen – objektiv – ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt. Die Gleichstellung setzt nach § 2 Abs. 3 i.V.m. § 68 Abs. 2 SGB IX die Feststellung eines Grads der Behinderung von wenig-

1 Teilhabebericht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen.

2 Arbeitsmarktbericht der Bundesagentur für Arbeit vom Mai 2014.

3 Zur Entstehungsgeschichte bspw. APS/Vossen § 85 SGB IX Rn. 1.

4 Vom 19. Juni 2001, BGBl. I S. 1046.

5 Zum räumlichen Geltungsbereich vgl. § 2 Abs. 2 SGB IX; BAG 30. April 1987 – 2 AZR 192/86 – BAGE 55, 236.

stens 30 und weniger als 50 voraus. Sie erfolgt auf Antrag des Betroffenen durch die zuständige Bundesagentur für Arbeit, wenn ohne die Gleichstellung ein geeigneter Arbeitsplatz nicht erlangt oder nicht erhalten werden kann. Der entsprechende Bescheid ist ein konstitutiver, d.h. rechtsbegründender Verwaltungsakt⁶.

Soweit die Beschränkung des persönlichen Geltungsbereichs des Sonderkündigungsschutzes zu einer Schutzlücke für Menschen mit Behinderung außerhalb des Schwerbehindertenrechts führt, ist dies durch den Gesetzgeber gewollt. Die Differenzierung ist mit Unionsrecht und deutschem Verfassungsrecht vereinbar. Dies soll im Folgenden anhand des Inhalts der jeweiligen kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen näher verdeutlicht werden.

II. Inhalt und Ausgestaltung des Sonderkündigungsschutzes gemäß §§ 85 ff. SGB IX – Bedeutung der Klärungsverfahren nach § 84 SGB IX für diesen Schutz

1. Allgemeines

Der besondere Kündigungsschutz gemäß §§ 85 ff. SGB IX ist als Kündigungsverbot mit behördlichem Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet⁷. Danach bedürfen die ordentliche Kündigung (§ 85 SGB IX) und – aufgrund der Verweisung in § 91 Abs. 1 SGB IX – die außerordentliche Kündigung der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts. Voraussetzung ist die Erfüllung einer sechsmonatigen Wartezeit (§ 90 Abs. 1 SGB IX). Erfasst sind arbeitgeberseitige Beendigungs- und Änderungskündigungen⁸.

Der Sonderkündigungsschutz wirkt präventiv. Lag die erforderliche Zustimmung im maßgebenden Zeitpunkt ihres Zugangs nicht vor, ist die Kündigung nach § 134 BGB unheilbar nichtig⁹. Die behördliche Kontrolle bezweckt, bereits im Vorfeld einer konkret beabsichtigten Kündigung die besonderen Schutzinteressen schwerbehinderter und gleichgestellter Arbeitnehmer umfassend zur Geltung zu bringen. Sie ist geeignet, diskrimi-

6 BAG 10. April 2014 – 2 AZR 647/13 – Rn. 39.

7 Statt vieler APS/Vossen § 85 SGB IX Rn. 3.

8 Vgl. Dau/Düwell § 85 Rn. 12; Knittel SGB IX § 85 Rn. 9.

9 St. Rspr., zuletzt BAG 10. April 2014 – 2 AZR 647/13 – Rn. 39.

nierende Kündigungen zu erkennen und von vorneherein zu verhindern¹⁰. Zugleich dient der Sonderkündigungsschutz dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen und ihnen gleichgestellter Arbeitnehmer¹¹. Das Kündigungsverbot soll sicherstellen, dass die Anstrengungen des Gesetzgebers, diesen Menschen zu einer angemessenen Beschäftigung zu verhelfen, langfristig zur Geltung kommen und nicht schon bald durch eine Kündigung wieder zunichte gemacht werden¹².

Schon früher setzen die in § 84 SGB IX geregelten Klärungsverfahren an¹³. Nach Absatz 1 der Vorschrift ist der Arbeitgeber verpflichtet, bei Auftreten von personen-, verhaltens- und/oder betriebsbedingten Schwierigkeiten, die zur Gefährdung des Arbeitsverhältnisses führen können, mit bestimmten Stellen – v.a. der Schwerbehindertenvertretung und dem Integrationsamt – alle zur Verfügung stehenden Hilfen zu erörtern. Ziel ist es, die Schwierigkeiten nach Möglichkeit zu beseitigen und das Beschäftigungsverhältnis dauerhaft fortzusetzen. In Absatz 2 der Vorschrift verpflichtet das Gesetz den Arbeitgeber zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM), wenn der Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig war. In einem solchen Fall muss der Arbeitgeber mit den zuständigen Stellen – Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung, ggf. auch unter Hinzuziehung des Integrationsamts, des Werks-/Betriebsarztes und/oder der örtlichen gemeinsamen Servicestellen der Rehabilitationsträger – prüfen, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann.

Während gemäß § 68 Abs. 1 SGB IX das Präventionsverfahren i.S.v. § 84 Abs. 1 SGB IX ausschließlich auf schwerbehinderte und gleichgestellte Beschäftigte Anwendung findet¹⁴, sind Zielgruppe des BEM alle Beschäftigten, die über ein bestimmtes Datum hinaus arbeitsunfähig sind. Darauf, ob die Krankheitszeiten mit einer Behinderung in Zusammenhang stehen, kommt es im Rahmen von § 84 Abs. 2 SGB IX nicht an¹⁵. Ebenso

10 Vgl. DKZ/Söhngen/Zwanziger KSchR § 85 SGB IX Rn. 2.

11 Vgl. *Dau/Düwell* SGB IX § 85 Rn. 3.

12 BAG 16. März 1994 – 8 AZR 688/92 – BAGE 76, 143.

13 Zu den Einzelheiten vgl. *Dau/Düwell* SGB IX § 84.

14 BAG 7. Dezember 2006 – 2 AZR 182/06 – Rn. 24, BAGE 120, 293.

15 BAG 12. Juli 2007 – 2 AZR 716/06 – Rn. 35; *Eylert/Sänger* RdA 2010, 24, 34.

wenig ist von Belang, ob im Betrieb ein Betriebsrat¹⁶ oder eine Schwerbehindertenvertretung besteht. Die Regelungen zum BEM finden auch im Kleinbetrieb Anwendung¹⁷.

2. Entscheidung des Integrationsamts – Bedeutung des Präventionsverfahrens

Die behördliche Entscheidung über die Zustimmung ist ein sozialrechtlicher Verwaltungsakt¹⁸. Sie liegt im Ermessen des Integrationsamts, das im Rahmen seiner Entscheidung das Interesse des Arbeitgebers an der Bewahrung seiner Kündigungsbefugnis gegen das Interesse des schwerbehinderten bzw. gleichgestellten Menschen an der Erhaltung des Arbeitsplatzes abzuwägen hat¹⁹. Ziel ist es, behinderungsbedingte Nachteile zu vermeiden²⁰. Vor diesem Hintergrund können auch Versäumnisse des Arbeitgebers bezüglich einer nach § 84 SGB IX erforderlichen Kündigungsprävention in die Abwägung einfließen. Zwar ist insbesondere die gehörige Durchführung eines Verfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Ermessensentscheidung. Das Präventionsverfahren ist aber geeignet, relevante Nachteile zu erkennen. Wurde es unterlassen, kann dies unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zur Verweigerung der Zustimmung führen, wenn andernfalls die Möglichkeit bestanden hätte, die Kündigung zu vermeiden²¹. Demgegenüber ist es nicht Sache des Integrationsamts, umfassend die arbeitsrechtliche Wirksamkeit der Kündigung zu überprüfen und ist beispielsweise die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten einen (ggf. wichtigen) Grund zur Kündigung i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG, § 626 BGB bildet, nicht vom Integrationsamt zu entscheiden. Allenfalls bei offensichtlicher Unwirksamkeit der Kündigung darf es die Zustimmung aus Gründen, die nicht mit der Behinderung in Zusammenhang stehen, verweigern²².

16 BAG 30. September 2010 – 2 AZR 88/09 – Rn. 28, BAGE 135, 361.

17 Zum Ganzen *Dau/Düwell* SGB IX § 84 Rn. 55.

18 Vgl. *DKZ/Söhngen/Zwanziger* KSchR §§ 87, 88 SGB IX Rn. 25; *Knittel* SGB IX § 85 Rn. 89.

19 BVerwG 22. Mai 2013 – 5 B 24/13 – Rn. 12.

20 *Schrader/Klages* NZA-RR 2009, 169, 175.

21 BVerwG 19. August 2013 – 5 B 47/13 – Rn. 12.

22 BVerwG 11. November 1999 – 5 C 23/99 – BVerwGE 110, 67.

3. Bindung der Gerichte für Arbeitssachen an den Zustimmungsbescheid – Zweigleisigkeit des Rechtsschutzes

Die Prüfung, ob der Bescheid des Integrationsamts rechtmäßig ergangen ist, obliegt der zuständigen Widerspruchsbehörde und ggf. der anschließenden Kontrolle durch die – insoweit ausschließlich zuständigen – Verwaltungsgerichte²³. Ist die Zustimmung erteilt, haben die Arbeitsgerichte dies – vorbehaltlich einer offensichtlichen Nichtigkeit des Bescheids – ohne weiteres ihrer kündigungsrechtlichen Prüfung zugrunde zu legen. Sie sind an den Zustimmungsbescheid gebunden, solange er nicht rechtskräftig aufgehoben worden ist²⁴. Tritt ein solcher Fall ein, wirkt die verwaltungsgerichtliche Entscheidung auf den Zeitpunkt der Entscheidung des Integrationsamts zurück. Die Kündigung ist dann von Anfang an nichtig²⁵.

Demgegenüber haben die Gerichte für Arbeitssachen in alleiniger Verantwortung zu prüfen, ob die formellen und materiellen Kündigungsvoraussetzungen vorliegen²⁶. Sollte im Verwaltungsverfahren eine dahingehende „Vorprüfung“ angestellt worden sein, sind sie an das gefundene Ergebnis – auch wenn dies für Arbeitgeber gelegentlich schwer verständlich sein mag – nicht gebunden. Eine gewisse Verzahnung der kündigungsrechtlichen Prüfung mit der Ermessenentscheidung des Integrationsamts hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) lediglich für die im Zustimmungsverfahren vorzunehmende Beurteilung anerkannt, ob die Kündigung bei gehöriger Prävention hätte vermieden werden können. Zwar ist auch kündigungsrechtlich anerkannt, dass das Verfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung darstellt; es konkretisiert vielmehr den das gesamte Kündigungsrecht beherrschenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit²⁷. Weil aber die Möglichkeiten einer Kündigungsprävention bereits durch das Integrationsamt von Amts wegen zu berücksichtigen sind, bietet die erteilte Zustimmung aus Sicht des BAG ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Kündigung durch ein Verfahren nach

23 Vgl. KR-Etzel/Gallner §§ 85-90 SGB IX Rn. 125; GK-SGB IX/Lampe § 88 Rn. 103.

24 BAG 23. Mai 2013 – 2 AZR 991/11 – BAGE 145, 199.

25 Dazu und zur Möglichkeit, erforderlichenfalls Restitutionsklage zu erheben BAG 2. März 2006 – 2 AZR 53/05 – Rn. 56.

26 BAG 23. Mai 2013 – 2 AZR 991/11 – a.a.O. m.w.N.

27 BAG 7. Dezember 2006 – 2 AZR 182/06 – Rn. 27, BAGE 120, 293.

§ 84 Abs. 1 SGB IX nicht hätte verhindert werden können. Ein anderes Ergebnis kommt nur bei Vorliegen besonderer Umstände in Betracht²⁸.

4. Die Geltendmachung des Sonderkündigungsschutzes im Kündigungsschutzprozess

Die Eigenschaft eines Beschäftigten als schwerbehinderter Mensch hängt nicht von einer behördlichen Feststellung durch die hierfür zuständigen Versorgungsämter ab. Maßgebend ist grundsätzlich die objektive Lage im Kündigungszeitpunkt. Gleichwohl ist ein entsprechender Bescheid für den Kündigungsschutz insoweit von Bedeutung, als nach § 90 Abs. 2a SGB IX das Zustimmungserfordernis keine Anwendung findet, wenn im Kündigungszeitpunkt die Schwerbehinderung nicht nachgewiesen ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf einer dreiwöchigen Frist (§ 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX) eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung des behinderten Menschen nicht treffen konnte. Daraus folgt, dass bei Zugang der Kündigung die Schwerbehinderung entweder bereits festgestellt sein muss oder aber der entsprechende Antrag muss vom Arbeitnehmer mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung gestellt worden sein²⁹. Für die Gleichstellung gilt Entsprechendes. Eine Ausnahme besteht nur bei „offensichtlicher“ Schwerbehinderung. Sie ist auch ohne Feststellungsbescheid i.S.v. § 90 Abs. 2a SGB IX „nachgewiesen“³⁰.

Will der Arbeitnehmer rügen, die Kündigung sei wegen fehlender Zustimmung des Integrationsamts nichtig, muss er binnen drei Wochen nach ihrem Zugang Kündigungsschutzklage erheben (§§ 4, 13 KSchG). Die Geltendmachung des Sonderkündigungsschutzes ist dabei grundsätzlich bis zum Schluss mündlicher Verhandlung erster Instanz möglich (§ 6 KSchG). Besonderheiten gelten, wenn der Arbeitgeber bei Abgabe der Kündigungserklärung keine Kenntnis von einer nachgewiesenen Schwerbehinderung oder Gleichstellung bzw. einer darauf bezogenen – rechtzeitigen – Antragstellung hatte. Zwar hindert dies den Arbeitnehmer nicht,

28 BAG 7. Dezember 2006 – 2 AZR 182/06 – Rn. 28 a.a.O.; ob eine entsprechende Vermutung in den Fällen des § 84 Abs. 2 SGB IX greift, ist noch offen, vgl. BAG 20. November 2014 – 2 AZR 664/13 – Rn. 41.

29 BAG 9. Juni 2011 – 2 AZR 703/09; 29. November 2007 – 2 AZR 613/06; jeweils m.w.N.

30 BAG 13. Februar 2008 – 2 AZR 864/06 – BAGE 125, 345.

sich im Prozess auf das Kündigungsverbot zu berufen. Er ist aber gehalten, die ihm zugrunde liegenden Tatsachen binnen angemessener Frist, die – gerechnet ab Zugang der Kündigung – in der Regel drei Wochen beträgt, gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen. Andernfalls läuft er Gefahr, den Sonderkündigungsschutz zu verwirken³¹.

III. Kündigungsschutz behinderter Menschen außerhalb der §§ 85 ff. SGB IX

Ein behinderter Arbeitnehmer, der keinen besonderen Kündigungsschutz nach §§ 85 bis 92 SGB IX genießt, ist zwar nicht im dargestellten Sinne präventiv vor benachteiligenden Kündigungen geschützt. Er kann sich aber – bei rechtzeitiger Klageerhebung (§§ 4, 13 KSchG) – auf alle sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen berufen, die Schutz vor diskriminierenden Kündigungen bieten.

1. Kündigungsschutzgesetz und Diskriminierungsschutz

Ist der behinderte Arbeitnehmer in einem Betrieb tätig, der kein Kleinbetrieb iSv. § 23 Abs. 1 KSchG ist, und bestand das Arbeitsverhältnis im Kündigungszeitpunkt länger als sechs Monate, kann er Kündigungsschutz nach Maßgabe der §§ 1 ff. KSchG geltend machen, wobei der Arbeitgeber diejenigen Tatsachen, welche die Kündigung bedingen, darzulegen und zu beweisen hat (§ 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG). Wird aus dem wechselseitigen Parteivorbringen deutlich, dass die Kündigung mit einer Behinderung des Arbeitnehmers in Zusammenhang steht, etwa weil der Arbeitgeber behauptet, dieser könne aufgrund bestehender Leistungseinschränkungen seine vertraglich geschuldete Tätigkeit nicht mehr verrichten³², sind nach gefestigter Rechtsprechung des BAG die Diskriminierungsverbote des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) und die darin vorgesehenen Rechtfertigungen für unterschiedliche Behandlungen als Konkretisie-

31 BAG 9. Juni 2011 – 2 AZR 703/09; 13. Februar 2008 – 2 AZR 864/06 – BAGE 125, 345; ob der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für die Rechtzeitigkeit des Anerkennungsantrags i.S.v. § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX trägt, ist noch nicht geklärt.

32 BAG 19. Dezember 2013 – 6 AZR 190/12 – Rn. 46.

rungen der Sozialwidrigkeit i.S.v. § 1 KSchG zu berücksichtigen. § 2 Abs. 4 AGG steht dem nicht entgegen. Zwar gelten nach dieser sog. Bereichsausnahme für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz. Damit sollte aber nur verhindert werden, dass neben diese Regelungen ein zweites, durch das AGG vermitteltes Kündigungsschutzrecht tritt³³. Den spezifischen kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen sollte hinsichtlich der Überprüfung diskriminierender Kündigungen lediglich Anwendungsvorrang vor dem AGG eingeräumt werden³⁴.

Die im Rahmen von § 1 KSchG vorzunehmende Überprüfung, ob sich die Kündigung wegen einer mit ihr verbundenen Diskriminierung als sozial ungerechtfertigt erweist, gilt für alle Benachteiligungsgründe i.S.v. § 1 AGG. Sie greift unabhängig davon ein, ob eine unmittelbare (§ 3 Abs. 1 AGG) oder mittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 2 AGG) in Rede steht³⁵. Die Arbeitsgerichte haben deshalb ggf. umfassend der Frage nachzugehen, ob die Kündigung den Arbeitnehmer wegen seiner Behinderung benachteiligt und – bejahendenfalls – ob die Benachteiligung gemäß § 8 AGG zulässig ist. Handelt es sich um eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung, wird dies regelmäßig dazu führen, dass die Kündigung nach § 1 Abs. 1 KSchG unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis fortbesteht³⁶.

Für die außerordentliche Kündigung gilt insoweit nichts anders. Auch bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB vorliegt, sind die Benachteiligungsverbote des AGG mit zu berücksichtigen³⁷.

2. Rechtslage außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG

Außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG sind Arbeitnehmer in erster Linie durch die allgemeinen kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen, beispielsweise das Verbot einer Kündigung wegen Betriebsübergangs (§ 613a BGB) oder das Maßregelungsverbot (§ 612a BGB), vor unge-

33 BAG 6. November 2008 – 2 AZR 523/07 – BAGE 128, 238.

34 BAG 20. Juni 2013 – 2 AZR 295/12; 5. November 2009 – 2 AZR 676/08.

35 Zur mittelbaren Diskriminierung wegen des Merkmals „Herkunft“ vgl. BAG 28. Januar 2010 – 2 AZR 764/08.

36 ErfK/*Schlachter* § 2 AGG Rn. 18.

37 Für das Merkmal „Religion“ vgl. BAG 25. April 2013 – 2 AZR 579/12 – Rn. 39, BAGE 145, 90.

rechtfertigter Entlassung geschützt. Im Übrigen sichern die zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 138, 242 BGB) einen von Verfassungen wegen geforderten Mindestschutz des Arbeitsplatzes vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen³⁸. Für außerordentliche Kündigungen gelten keine Besonderheiten.

Daneben kann ein Arbeitnehmer, der nicht dem allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG unterliegt, die Unwirksamkeit einer ordentlichen Kündigung wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 i.V.m. §§ 1, 3 AGG geltend machen. § 2 Abs. 4 AGG schließt dies – wie der Sechste Senat des BAG jüngst entschieden hat – nicht aus³⁹. Gemäß Art. 1 der Europäischen Rahmenrichtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78/EG) ist der nationale Gesetzgeber verpflichtet, einen allgemeinen Rahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen Behinderung zu schaffen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) ist das dort geregelte Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung auch bei Entlassungen gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie anzuwenden⁴⁰. Vor diesem Hintergrund ist § 2 Abs. 4 AGG – unionsrechtskonform – dahingehend auszulegen, dass die Vorschrift lediglich das Verhältnis zwischen dem AGG und dem KSchG sowie den speziell auf Kündigungen zugeschnittenen Bestimmungen (beispielsweise § 1 KSchG, § 613a und § 626 BGB) regelt, nicht aber einen Anwendungsvorrang der zivilrechtlichen Generalklauseln bestimmt⁴¹.

3. Das Merkmal der „Behinderung“ i.S.v. § 1 AGG

Bei der Beurteilung, ob eine „Behinderung“ i.S.v. § 1 AGG vorliegt, sind neben den nationalen Vorschriften auch die Vorgaben der RL 2000/78/EG und deren Auslegung durch den EuGH⁴² in den Blick zu nehmen, die ihrerseits durch den Begriff der „Behinderung“ im Sinne der Behinderten-

38 BVerfG 28. Januar 1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97, 169.

39 BAG 19. Dezember 2013 – 6 AZR 190/12 – Rn. 14 ff., insoweit zur „Wartezeitkündigung“ gegenüber einem HIV-infizierten Arbeitnehmer.

40 EuGH 11. Juli 2006 – C-13/05 – Chacón Navas – Slg. 2006 I-6467.

41 BAG 19. Dezember 2013 – 6 AZR 190/12 – Rn. 14 ff. mit zustimmender Anm. *Dürwell* jurisPR-ArbR 9/2014 Anm. 1; Jousen ZMV 2013, 231; *Klenter* AiB 2014, Nr. 7/8 69; ablehnend: *Stenslik* AP Nr. 3 zu § 2 AGG.

42 EuGH 11. April 2013 – C- 335/11 ua. – Ring.

rechtskonvention der Vereinten Nationen (UN-BRK) beeinflusst ist. Zu beachten ist dabei, dass den Bestimmungen der Konvention – nicht nur wegen ihrer Transformation in das nationale Recht – der Rang einfachen Gesetzesrechts zukommt⁴³. Die Konvention ist nach der Rechtsprechung des EuGH zugleich integrierender Bestandteil der Unionsrechtsordnung und deshalb bei der Auslegung deutschen Rechts, insbes. soweit es der Umsetzung von Unionsrecht dient, stets mit heranzuziehen⁴⁴. Auf dieser Grundlage geht das BAG in unionsrechtskonformer Auslegung des nationalen Rechts von einem eigenständigen, auf das AGG zugeschnittenen Begriff der „Behinderung“ aus, der im Einzelfall weiter reichen kann als der Behindertenbegriff des SGB IX.

Allerdings entspricht es dem Willen des nationalen Gesetzgebers, für den Begriff der „Behinderung“ i.S.v. § 1 AGG auf die gesetzlichen Definitionen in § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX und § 3 BGG zurückzugreifen. Danach sind Menschen behindert, wenn ihre „körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist“⁴⁵. Ob eine Beeinträchtigung in diesem Sinne relevant ist, bestimmt sich vorwiegend aus dem Zusammenwirken von behindernden sozialen Kontextfaktoren (Barrieren) und individueller Gesundheitsstörung, wobei die Behinderung auch erst durch das „Behindern“ eines Menschen durch seine Umwelt entstehen kann⁴⁶.

Demgegenüber versteht der EuGH unter dem Begriff „Behinderung“ im Sinne der RL 2000/78/EG und in Anpassung an Art. 1 Unterabs. 2 UN-BRK Beeinträchtigungen, die den Betroffenen an der wirksamen Teilhabe am Berufsleben hindern können, sofern die Beeinträchtigungen langfristig sind. Das schließt nach dem Verständnis des Gerichtshofs einen Zustand ein, der durch eine ärztlich diagnostizierte heilbare oder unheilbare Krankheit verursacht wird, wenn die Krankheit die genannten Einschränkungen

43 Vgl. *Dau/Joussen* SGB IX Einf. Rn. 15.

44 BAG 19. Dezember 2013 – 6 AZR 190/12 – Rn. 52.

45 BT-Drucks. 14/5074, S. 98; BR-Drucks. 329/06 S. 31; BAG 26. Februar 2012 – 8 AZR 697/10 – Rn. 32; BAG 3. April 2007 – 9 AZR 823/06 – Rn. 20, BAGE 122, 54.

46 BAG 19. Dezember 2013 – 6 AZR 190/12 – Rn. 58 m.w.N.

mit sich bringt. Ansonsten sind Krankheit und Behinderung nicht gleichzusetzen⁴⁷.

Daraus ergeben sich Unterschiede im Begriffsverständnis, die für betroffene Arbeitnehmer teils günstiger, teils ungünstiger sind: Der EuGH hat den Begriff der Behinderung im Hinblick auf den Anwendungsbereich der RL 2000/78/EG auf Beeinträchtigungen der wirksamen Teilhabe am Berufsleben beschränkt⁴⁸, während die Behindertenbegriffe des AGG und der UN-BRK – insoweit weitergehend – auf die gesellschaftliche Teilhabe abstellen. Zudem sind nach nationalem Verständnis bereits Abweichungen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate andauern, als „langfristig“ anzusehen, wohingegen nach dem Unionsrecht die nationalen Gerichte im Einzelfall entscheiden müssen, wann eine Einschränkung dieser zeitlichen Anforderung genügt⁴⁹. Demgegenüber ist das nationale Begriffsverständnis insofern enger, als es alterstypische Einschränkungen grundsätzlich nicht als Behinderung ansieht⁵⁰. Zudem verlangt der nationale Behindertenbegriff, dass die Beeinträchtigung der Teilhabe bereits eingetreten ist, während es unionsrechtlich bereits ausreicht, dass eine solche Beeinträchtigung eintreten kann.

Diese Unterschiede hat das BAG dahingehend aufgelöst, dass bei der Anwendung des AGG der nationale Behindertenbegriff zugrunde zu legen ist, sofern er weiter reicht als das supranationale Recht. Bleibt er hinter diesem zurück, ist – in unionsrechtskonformer Auslegung der Regelungen des AGG – auf den Behindertenbegriff des Unionsrechts abzustellen. Zusammengefasst liegt damit eine Behinderung i.S.v. § 1 AGG vor, wenn die körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit eines Menschen langfristig eingeschränkt ist und dadurch – in Wechselwirkung mit verschiedenen sozialen Kontextfaktoren (Barrieren) – seine Teilhabe an der Gesellschaft, wozu auch die Teilhabe am Berufsleben gehört, substantiell beeinträchtigt sein kann. Darauf, welchen Grad die Behinderung erreicht, kommt es nicht an. Durch § 1 AGG geschützt sind alle Menschen

47 EuGH 4. Juli 2013 – C-312/11 – Kommission/Italien; 11. April 2013 – C-335/11 u.a. – Ring – und 11. Juli 2006 – C-13/05 – Chacón Navas – Rn. 37, Slg. 2006, I-6467.

48 Kritisch dazu *Stiebert/Pötters* EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 31.

49 BAG 19. Dezember 2013 – 6 AZR 190/12 – Rn. 61.

50 v. *Roetteken* AGG § 1 Rn. 161 f.; *Schiek/Welti* AGG § 1 Rn. 4.

mit Behinderung – je nach Sachlage auch Menschen, die an chronischen Krankheiten leiden⁵¹.

4. Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderung – § 8 AGG

Liegt eine Behinderung i.S.v. § 1 AGG vor, ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot gem. § 7 Abs. 1 AGG nicht schon dann nach § 8 AGG ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer bei unveränderten Arbeitsbedingungen seine Arbeitsleistung nicht oder nur sehr eingeschränkt erbringen kann. Eine Kündigung kann vielmehr unter dem Gesichtspunkt des § 8 Abs. 1 AGG nur gerechtfertigt sein, wenn auch angemessene Vorkehrungen i.S.v. Art. 5 RL 2000/78/EG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. i, Art. 2 Unterabs. 4 UN-BRK nicht zum Erhalt der Beschäftigungsmöglichkeit führen konnten. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Vorschrift des § 84 Abs. 1 SGB IX, die dafür ein spezifisches Verfahren vorsieht, auf „einfach“ behinderte Menschen keine Anwendung findet. Die Verpflichtung des Arbeitgebers, von sich aus angemessene Vorkehrungen zu treffen, folgt – bei gebotener unionsrechtskonformer Auslegung auch dieser Vorschrift – bereits aus § 241 Abs. 2 BGB und der dort für alle Arbeitsverhältnisse normierten Pflicht zur Rücksichtnahme auf die jeweiligen Interessen des anderen Teils⁵². Auch sie erfasst unterschiedslos alle behinderten Menschen, ohne dass der Grad der Beeinträchtigung eine Rolle spielte. Ob wiederum Vorkehrungen angemessen sind, kann nicht für alle Fälle pauschal beantwortet werden. Es kommt vielmehr auf deren Eignung und – insbes. wirtschaftliche – Zumutbarkeit für den Arbeitgeber an⁵³.

51 BAG 19. Dezember 2013 – 6 AZR 190/12 – Rn. 54.

52 BAG a.a.O. Rn. 77 ff.

53 Zum weiten Verständnis des Begriffs „angemessene Vorkehrungen“ vgl. BAG a.a.O. Rn. 52.

IV. Unionsrechtskonformität und Verfassungsmäßigkeit der personellen Beschränkung des Sonderkündigungsschutzes nach §§ 85 ff. SGB IX

Ausgehend von dieser Rechtslage kann nicht festgestellt werden, dass die Ausgestaltung des Sonderkündigungsschutzes nach §§ 85 ff. SGB IX für Menschen außerhalb des Schwerbehindertenrechts zu einer – gemessen am Unionsrecht und deutschen Verfassungsrecht – unvertretbaren Schutzlücke führte.

Die Grundsätze, die der Sechste Senat des BAG für sog. Wartezeitkündigungen aufgestellt hat, sind uneingeschränkt bei der Sozialwidrigkeitsprüfung nach § 1 Abs. 2 KSchG zu berücksichtigen, falls die Kündigung im Zusammenhang mit einer Behinderung des Arbeitnehmers steht. Das gilt sowohl für die Auslegung des Begriffs der „Behinderung“ i.S.v. § 1 AGG als auch für die Prüfung, ob der Arbeitgeber „angemessene Vorkehrungen“ getroffen hat, um die Kündigung zu vermeiden.

Die Rechtsprechung des BAG führt zugleich zu einer richtlinienkonformen Beweislastverteilung⁵⁴. Im Anwendungsbereich des KSchG trägt der Arbeitgeber – wie gezeigt – ohnehin für das Vorliegen von Gründen i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG die Darlegungs- und Beweislast. Für Kündigungen außerhalb des KSchG ist dies durch die unmittelbare Anwendung der Regelungen des AGG einschließlich der Beweislastregelung in § 22 AGG sichergestellt.

Weder im Anwendungsbereich des KSchG, noch außerhalb dessen sperrt im Übrigen § 2 Abs. 4 AGG weitergehende Ansprüche auf Entschädigung. Zwar wird oftmals eine merkmalsbezogene Benachteiligung im Zusammenhang mit dem Ausspruch einer Kündigung durch deren Überprüfung anhand der Bestimmungen des allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzes oder anhand von § 7 Abs. 1 i.V.m. §§ 1, 3 AGG ausgeräumt. Das schließt einen Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden nach § 15 Abs. 2 AGG aber dann nicht aus, wenn die Belastung – wie bei einer schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzung – über das „Normalmaß“ hinausgeht⁵⁵.

Gemessen daran gewährleistet das deutsche Recht einen effektiven Schutz vor diskriminierenden Kündigungen wegen einer Behinderung, und zwar unabhängig von ihrem jeweiligen Grad. Einen – präventiven –

⁵⁴ Zu dieser Anforderung vgl. ErfK/*Schlachter* § 2 AGG Rn. 18 m.w.N.

⁵⁵ BAG 12. Dezember 2013 – 8 AZR 838/12 – Rn. 19.

Schutz, wie ihn die Regelungen in §§ 85 ff. SGB IX vorsehen, verlangt das Unionsrecht nicht⁵⁶. Die kündigungrechtlich unterschiedliche Behandlung in Abhängigkeit vom jeweiligen Grad der Behinderung stellt – bezogen auf die Möglichkeit, einen entsprechenden Kündigungsschutz zu erlangen – auch keine Diskriminierung der weniger stark behinderten Arbeitnehmer i.S.v. Art. 2 Abs. 1 der RL 2000/78/EG dar. Diese erfahren nicht „wegen ihrer Behinderung“ eine ungünstigere Behandlung. Sie werden nicht weniger günstig als nicht behinderte Arbeitnehmer behandelt, sondern weniger günstig als stärker behinderte Menschen⁵⁷.

Die Verfassung gibt kein anderes Ergebnis vor⁵⁸. Die in Rede stehende unterschiedliche Behandlung wird nicht vom Benachteiligungsverbot in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG erfasst. Dieses soll den Schutz des allgemeinen Gleichheitssatzes für bestimmte Personengruppen verstärken. Es gibt der staatlichen Gewalt engere Grenzen insoweit vor, als die Behinderung nicht Anknüpfungspunkt für eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu Menschen ohne Behinderung sein darf⁵⁹ bzw. eine gleichwohl erfolgende Benachteiligung nur durch zwingende Gründe gerechtfertigt sein kann⁶⁰. Der Gesetzgeber knüpft in §§ 85 ff. i.V.m. § 68 Abs. 1, Abs. 2, § 2 Abs. 2, Abs. 3 SGB IX aber nicht an die Behinderung als solche an. Er nimmt vielmehr Differenzierungen innerhalb der Gruppe der Behinderten nach dem Grad der jeweiligen Beeinträchtigung vor, um die Voraussetzungen für die Anwendung besonderer Regelungen zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen zu bestimmen. Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) ist ebenso wenig erkennbar. Zwar verbietet Art. 3 Abs. 1 GG einen gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss. Dadurch ist dem Gesetzgeber aber nicht jede Differenzierung verwehrt. Ungleichbehandlungen bedürfen vielmehr der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind⁶¹. Den sich daraus ergebenden Anforderungen werden die gesetzlichen Regelungen zum Sonderkündigungsschutz, so-

56 ErfK/Rolfs § 85 SGB IX Rn. 3; KR-Etzel/Gallner vor §§ 85-92 SGB IX Rn. 16.

57 BAG 10. April 2014 – 2 AZR 647/13 – Rn. 41; 31. Juli 2014 – 2 AZR 434/13 – Rn. 53.

58 Für die Feststellung eines GdB von mindestens 30 v.H. als Voraussetzung für die Gleichstellung durch die Bundesagentur: BSG 15. Juli 2010 – B 11 AL 150/09 B.

59 BVerfG 19. Januar 1999 – 1 BvR 2161/94 – BVerfGE 99, 341.

60 BVerfG a.a.O.; BeckOK GG/Kischel Art. 3 Rn. 236 m.w.N.

61 BVerfG 26. März 2014 – 1 BvR 1133/12 – Rn. 18.

weit sie auf eine bestimmte Schwere der Behinderung und ggf. eine erfolgte Gleichstellung abstellen, nach diesseitigem Verständnis gerecht. Der Gesetzgeber durfte typisierend davon ausgehen, dass behinderte Menschen mit einem Grad ab 30 in ihrer Wettbewerbsfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt gegenüber Nichtbehinderten stärker eingeschränkt sind als Menschen, die eine Behinderung mit einem geringeren Grad aufweisen. Umgekehrt werden besondere Leistungen zur Förderung der Teilhabe schwerbehinderter Menschen am Arbeitsleben einschließlich begleitender Hilfen gewährt, die auch aus dem Aufkommen der Ausgleichsabgabe finanziert werden (§ 77 Abs. 5 Satz 1 SGB IX). In dieses Modell sind nach § 68 Abs. 3 SGB IX schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte behinderte Menschen einbezogen⁶². Mit dem Erfordernis der Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung soll u.a. sichergestellt werden, dass gewährte Teilhabeleistungen möglichst langfristig Früchte tragen. Im Übrigen wird den Betroffenen durch die Regelungen in §§ 85 ff. SGB IX zwar ein zusätzlicher individueller Schutz vor Kündigungen, die mit der Behinderung in Zusammenhang stehen, insoweit gewährt als die Prüfung des Integrationsamts bewirken kann, dass diskriminierende Kündigungen erst gar nicht ausgesprochen werden. Solchen Kündigungen können aber auch „einfach“ behinderte Arbeitnehmer – wenngleich erst im Nachhinein – wirksam begegnen, wenn sich die Benachteiligung als nicht gerechtfertigt erweist. In Anbetracht dessen ist nicht zu erkennen, dass der Gesetzgeber mit der Beschränkung des Sonderkündigungsschutzes nach §§ 85 ff. SGB IX auf schwerbehinderte Arbeitnehmer einschließlich der Gleichgestellten den ihm zukommenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum überschritten hätte.

62 ErfK/Rolfs § 71 SGB IX Rn. 7.

