Der besondere Kündigungsschutz schwerbehinderter Menschen nach den §§ 85 ff. SGB IX als gleichheitsrechtliches Problem

Minou Banafsche

I. Einleitung

Menschen mit Behinderungen, die weder schwerbehindert gem. § 2 Abs. 2 Neuntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX) noch i. S. d. § 2 Abs. 3 SGB IX schwerbehinderten Menschen gleichgestellt sind, unterfallen nicht dem in den §§ 85 bis 92 SGB IX geregelten besonderen Kündigungsschutz des Schwerbehindertenrechts. Für sie gelten daher im Kündigungsfall ausschließlich die Vorgaben des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG), soweit dessen Anwendungsbereich eröffnet ist.

Virulent wird dies maßgeblich im Bereich der krankheitsbedingten als dem häufigsten Fall der personenbedingten Kündigung[1] (§ 1 Abs. 2 Satz 1 Variante 1 KSchG). Eine Kündigung ist, so das Bundesarbeitsgericht (BAG), aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers bedingt, „wenn der Arbeitnehmer aufgrund persönlicher Eigenschaften – ohne dass ihm das vorwerfbar wäre – nicht (mehr) in der Lage ist, die Leistung vertragsgerecht zu erfüllen“,[2] setzt mithin eine Nicht- oder Schlechterfüllung der geschuldeten Arbeitsleistung voraus.[3]

---

1 Siehe etwa *Wilfried Berkowsky*, in: *Reinhard Richardi/Otfried Wlotzke/Hellmut Wißmann/Hartmut Oetker* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MüArbR), Bd. 1, 3. Aufl., München 2009, § 115 Rn. 12; *Bernd Roos*, in: *Wolfgang Däubler/Jens Peter Hjort/Michael Schubert/Martin Wolmerath* (Hrsg.), Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen. Handkommentar (HK-ArbR), 3. Aufl., Baden-Baden 2013, § 1 KSchG Rn. 67; *Hartmut Oetker*, in: *Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Aufl., München 2014, § 1 KSchG Rn. 100.

2 BAG, Urt. v. 8.9.2011 – 2 AZR 543/10, BAGE 139, 144, 148, Rn. 17; siehe bereits BAG, Urt. v. 20.5.1988 – 2 AZR 682/87, BAGE 59, 32, 44; m. w. N. auch BAG, Urt. v. 18.1.2007 – 2 AZR 731/05, BAGE 121, 32, 34, Rn. 15; aus dem Schrifttum etwa *Rüdiger Krause*, in: Gerrick v. Hoyningen-Huene/Rüdiger Linck/Rüdiger Krause, Kündigungsschutzgesetz – Kommentar, § 1 Rn. 295.

3 BAG, Urt. v. 18.1.2007 – 2 AZR 731/05, BAGE 121, 32, 34, Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der Begriff der „Krankheit“ ist nach arbeitsrechtlichem Verständnis weit auszulegen und erfasst neben gewöhnlichen Kurzerkrankungen auch die lang andauernde oder gar dauernde Leistungsunfähigkeit.[4] Er überschreitet damit die sozialleistungsrechtlich relevante Grenze von der Krankheit als Leistungsfall der gesetzlichen Krankenversicherung nach dem SGB V[5] zur Behinderung als Leistungsfall der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen nach dem SGB IX,[6] die zum einen über die Dauer der „regelwidrigen“ Funktionsbeeinträchtigung – bei Behinderung „mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate“ –, zum anderen über das Merkmal der gesellschaftlichen Teilhabebeeinträchtigung infolge der „regelwidrigen“ Funktionsbeeinträchtigung (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX)[7] gezogen wird.[8] Besteht etwa nach der Gesamtheit des Krankheitsbildes eine gewisse Krankheitsanfälligkeit des Arbeitnehmers, die sich in der Vergangenheit durch erhöhte Fehlzeiten realisiert hat, kann dies eine negative Gesundheitsprognose, „[das heißt] die Besorgnis von

---

4 Statt vieler *Oetker*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Fn. 1), § 1 KSchG Rn. 111.

5 Zum Begriff der Krankheit als Leistungsfall der gesetzlichen Krankenversicherung BSG, Urt. v. 28.10.1960 – 3 RK 29/59, BSGE 13, 134, 136; BSG, Urt. v. 30.5.1967 – 3 RK 15/65, BSGE 26, 288, 289; BSG, Urt. v. 27.5.1971 – 3 RK 28/68, BSGE 33, 9, 10; BSG, Urt. v. 13.2.1975 – 3 RK 68/73, BSGE 39, 167, 168; BSG, Urt. v. 12.11.1985 – 3 RK 48/83, BSGE 59, 119, 121; BSG, Urt. v. 10.2.1993 – 1 RK 14/92, BSGE 72, 96, 98; aus dem Schrifttum etwa *Gerhard Igl/Felix Welti*, Sozialrecht – Ein Studienbuch, 8. Aufl., Neuwied 2007, § 17 Rn. 31; *Ingwer Ebsen*, Krankenversicherungsrecht, in: *Bernd Baron von Maydell/Franz Ruland/Ulrich Becker* (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch – SRH, 5. Aufl., Baden-Baden 2012, § 15 Rn. 88; *Raimund Waltermann*, Sozialrecht, 10. Aufl., Heidelberg 2012, Rn. 171.

6 Dem Grunde nach knüpft der arbeitsrechtliche Krankheitsbegriff indes am sozialversicherungsrechtlichen Krankheitsbegriff an, siehe *Roos*, in: HK-ArbR (Fn. 1), § 1 KSchG Rn. 68.

7 Zu den Merkmalen des Behinderungsbegriffs nach dem SGB IX im Allgemeinen und dem Merkmal der Teilhabebeeinträchtigung im Besonderen beispielhaft *Felix Welti*, in: *Klaus Lachwitz/Walter Schellhorn/Felix Welti* (Hrsg.), HK-SGB IX – Handkommentar zum Sozialgesetzbuch IX: Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 3. Aufl., Köln 2010, § 2 Rn. 19 ff., 31 ff.; *Felix Welti*, in: *Olaf Deinert/Felix Welti* (Hrsg.), Stichwortkommentar Behindertenrecht (SWK-BR), Baden-Baden 2014, Behinderung Rn. 13 ff., 19 f.

8 Zu der zeitlichen Abgrenzung von Krankheit nach dem SGB V und Behinderung nach dem SGB IX *Volker Neumann*, Verfassungsrecht, in: *Olaf Deinert/Volker Neumann* (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – Handbuch SGB IX, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, § 2 Rn. 10, siehe auch den Verweis in § 5 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weiteren Erkrankungen im bisherigen Umfang“[9], begründen und kommt eine krankheitsbedingte Kündigung in Betracht.[10] Angesichts dessen darf davon ausgegangen werden, dass Menschen mit Behinderungen in besonderer Weise gefährdet sind, krankheitsbedingt gekündigt zu werden.[11]

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die rechtliche Unterscheidung zwischen der Gruppe der „einfach“ behinderten Menschen einerseits und der Gruppe der schwerbehinderten und diesen gleichgestellten Menschen andererseits, den besonderen Kündigungsschutz nach den §§ 85 ff. SGB IX betreffend, eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung der „einfach“ behinderten Menschen und damit einen Verstoß gegen das grundgesetzliche Gleichheitsgebot des Art. 3 darstellt.[12]

II. Rechtlich relevante Ungleichbehandlung

Rechtlich relevant ist eine Ungleichbehandlung von „wesentlich Gleichem“.[13] Voraussetzung ist demnach, dass die betreffenden Personen oder Personengruppen vergleichbar sind, sich mithin einem gemeinsamen

---

9 BAG, Urt. v. 17.6.1999 – 2 AZR 639/98, BAGE 92, 96, 102; BAG, Urt. v. 10. 11. 2005 – 2 AZR 44/05, NZA 2006, S. 655, 656; zu der negativen Prognose als Voraussetzung einer personenbedingten Kündigung *Roos*, in: HK-ArbR (Fn. 1), § 1 KSchG Rn. 66, 70, 74 ff., 92 ff.; *Oetker*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Fn. 1), § 1 KSchG Rn. 105, 114 ff.

10 BAG, Urt. v. 10. 11. 2005 – 2 AZR 44/05, NZA 2006, S. 655, 657, wo ausgeführt wird, schon aus einer gewissen Krankheitsanfälligkeit ergebe sich eine Wiederholungsgefahr für weitere Ausfallzeiten, so dass im Ergebnis alles für eine negative Gesundheitsprognose spreche.

11 Vgl. auch EuGH, Urt. v. 11.4.2013 – C-335/11, C-337/11, NZA 2013, S. 553, 557, Rn. 76 – *Ring und Skouboe*, der Arbeitnehmer mit Behinderungen im Gesamten einem höheren Risiko ausgesetzt sieht, „an einer mit seiner Behinderung zusammenhängenden Krankheit zu erkranken“ als Arbeitnehmer ohne Behinderungen. Sie seien „somit einem höheren Risiko ausgesetzt, krankheitsbedingte Fehltage anzusammeln […].“.

12 Der Beitrag berücksichtigt Rechtsprechung und Schrifttum bis zum 20.8.2014.

13 Zu der sog. „Willkürformel“, dergemäß es der Gleichheitssatz verbietet, „wesentlich Gleiches willkürlich ungleich und wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln“, m. w. N. BVerfG, Beschl. v. 9.8.1978 – 2 BvR 831/76, BVerfGE 49, 148, 165; vgl. zuvor etwa schon BVerfG, Beschl. v. 12.10.1951 – 1 BvR 201/51, BVerfGE 1, 14, 52; BVerfG, Beschl. v. 14.2.1968 – 2 BvR 557/62, BVerfGE 23, 98, 106 f..

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Oberbegriff im Sinne eines „tertium comparationis“ subsumieren lassen, aber dennoch rechtlich verschieden behandelt werden.[14]

1. Vergleichbarkeit der Personengruppen

Behindert ist gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX eine Person, die in ihrer körperlichen Funktion, geistigen Fähigkeit oder seelischen Gesundheit beeinträchtigt ist, wenn die Beeinträchtigung mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht, mithin „regelwidrig“ ist, und infolge der „regelwidrigen“ Funktionsbeeinträchtigung ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Schwerbehindert sind Menschen, bei denen ein Grad der Behinderung (GdB) von wenigstens 50 vorliegt (§ 2 Abs. 2 SGB IX). Ihnen gleichgestellt werden Menschen, „wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz nicht erlangen oder nicht behalten können“ und einen GdB von weniger als 50, aber wenigstens 30 aufweisen (§ 2 Abs. 3 SGB IX).

Schon aus dem Titel des SGB IX „Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen“ und der Regelungssystematik des SGB IX mit einem allgemeinen Teil, der Regelungen für alle Menschen mit Behinderungen enthält (§§ 1 bis 67)[15], und einem besonderen Teil zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen (§§ 68 bis 160)[16], die sich in dem allgemein mit „Behinderung“ überschriebenen § 2 SGB IX widerspiegelt, demgemäß die Schwerbehinderung und die Gleichstellung besondere Fälle von Behinde-

14 Beispielhaft *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Thorsten Kingreen/Ralf Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, 30. Aufl., Heidelberg 2014, Rn. 463 ff.; *Lerke Osterloh/Angelika Nußberger*, in: *Michael Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 7. Aufl., München 2014, Art. 3 Rn. 83.

15 Hervorgegangen aus dem Gesetz über die Angleichung der Leistungen zur Rehabilitation (RehaAnglG) vom 7.8.1974, BGBl. I 1974, S. 1881.

16 Hervorgegangen aus dem Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft (Schwerbehindertengesetz – SchwbG) in seiner Neufassung auf Grund des Art. III § 1 des Gesetzes zur Weiterentwicklung des Schwerbeschädigtenrechts vom 24.4.1974, BGBl. I 1974, S. 981; siehe die Bekanntmachung der Neufassung des Schwerbehindertengesetzes vom 29.4.1974, BGBl. I 1974, S. 1005.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rung sind,[17] wird deutlich, dass Behinderung der gemeinsame Oberbegriff ist, der alle vom SGB IX adressierten leistungsberechtigten Personen erfasst.[18]

2. Unterschiedliche Behandlung

Nur für die schwerbehinderten und ihnen gleichgestellten Menschen gelten die Regelungen des im zweiten Teil des SGB IX normierten Schwerbehindertenrechts (§ 68 Abs. 1 und 3 SGB IX) und damit auch die Vorschriften der §§ 85 ff. SGB IX zum besonderen Kündigungsschutz. Danach bedarf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes (§ 85 SGB IX). Dabei handelt es sich um ein öffentlich-rechtliches Wirksamkeitserfordernis der Kündigung.[19]

Schwerbehinderte und gleichgestellte behinderte Menschen werden somit rechtlich anders behandelt als Menschen mit „einfachen" Behinderungen.

---

17 Mit Inkrafttreten des SGB IX vom 19.6.2001 (Art. 1 SGB IX, BGBl. I 2001, S. 1046, 1047) überwiegend am 1.7.2001 (Art. 68 SGB IX) sind gem. Art. 63 SGB IX das RehaAnglG und das SchwbG aufgehoben worden.

18 Zu den in § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB IX genannten von Behinderung bedrohten Menschen siehe die Begründung zu dem Entwurf eines Sozialgesetzbuchs – Neuntes Buch – (SGB IX): Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, BT-Drucks. 14/5074, S. 98, wonach deren generelle Gleichstellung mit den Menschen mit Behinderungen nicht erfolgt, „da eine Reihe von Leistungen und sonstigen Hilfen nur bei eingetretener Behinderung erbracht werden […]"; aus dem Schrifttum etwa *Welti*, in: HK-SGB IX (Fn. 7), § 2 Rn. 34 ff.

19 BVerwG, Urt. v. 10.9.1992 – 5 C 39.88, BVerwGE 91, 7, 9 f.; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 2.7.1992 – 5 C 31.91, NZA 1993, S. 123, 124 f.; aus dem Schrifttum etwa *Christian Rolfs*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Fn. 1), § 85 SGB IX Rn. 1; *Franz Josef Düwell*, in: *Dirk H. Dau/Franz Josef Düwell/Jacob Joussen* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch IX: Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – Lehr- und Praxiskommentar (LPK-SGB IX), 4. Aufl., Baden-Baden 2014, § 85 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Menschen mit „einfachen" Behinderungen

Als Prüfungsmaßstab wird der besondere Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG herangezogen, der besagt, dass niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf.[20] Die Ungleichbehandlung von Menschen mit „einfachen" Behinderungen bezüglich des besonderen Kündigungsschutzes nach dem Schwerbehindertenrecht ist demnach verfassungsrechtlich gerechtfertigt, „wenn zwingende Gründe dafür vorliegen […]. Die nachteiligen Auswirkungen müssen unerlässlich sein, um behinderungsbezogenen Besonderheiten Rechnung zu tragen […]."[21]

1. Legitimer Zweck der Ungleichbehandlung

Der besondere Kündigungsschutz verfolgt den Zweck, im Wege der staatlichen Kontrolle im Vorfeld einer Kündigung den besonderen Schutzinteressen schwerbehinderter und ihnen gleichgestellter Arbeitnehmer zu entsprechen.[22]

Zudem geht es um die Schaffung eines Ausgleichs für die eingeschränkte Wettbewerbsfähigkeit schwerbehinderter und ihnen gleichge-

---

20 Für eine Anwendung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nur für Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen gegenüber Menschen ohne Behinderungen, nicht hingegen für Benachteiligungen innerhalb der Gruppe von Menschen mit Behinderungen *Rupert Scholz*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz, Bd. I, München, 70. Ergänzungslieferung, Stand: Dezember 2013, Art. 3 Abs. 3 Rn. 174 (Fn. 1), Stand der Einzelkommentierung: Oktober 1996; *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs (Fn. 14), Art. 3 Rn. 311; dagegen mit guten Argumenten *Felix Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 2005, S. 470; siehe auch *Minou Banafsche*, Die „große Lösung" als gleichheitsrechtliches Gebot – Verfassungsrechtliche Grenzen des dualen Systems der Eingliederungshilfe für Kinder und Jugendliche, in: *Ulrich Becker/Elisabeth Wacker/Minou Banafsche* (Hrsg.), Inklusion und Sozialraum – Behindertenrecht und Behindertenpolitik in der Kommune, S. 169, 177 ff.

21 BVerfG, Beschl. v. 19.1.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341, 357.

22 BVerwG, Urt. v. 2.7.1992 – 5 C 31.91, NZA 1993, S. 123, 125; *Norbert Heenen*, in: *Reinhard Richardi/Otfried Wlotzke/Hellmut Wißmann/Hartmut Oetker* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MüArbR), Bd. 2, 3. Aufl., München 2009, § 313 Rn. 30; *Peter Trenk-Hinterberger*, in: HK-SGB IX (Fn. 7), § 85 Rn. 1; *Rolfs*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Fn. 1), § 85 SGB IX Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stellter Menschen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt (für die Gleichstellung vgl. auch § 2 Abs. 3 Halbsatz 2 SGB IX).[23]

Schließlich soll der besondere Kündigungsschutz, wie es das BAG zu den §§ 12 ff. Schwerbehindertengesetz (SchwbG)[24] formuliert hat, „sicherstellen, daß die besonderen gesetzgeberischen Anstrengungen, Schwerbehinderten zu einer ihren Fähigkeiten und Kenntnissen angemessenen Beschäftigung zu verhelfen, nicht wieder zunichte gemacht werden, indem sich Arbeitgeber ihrer aus sozialpolitischen Gründen auferlegten Pflicht zur Eingliederung von Schwerbehinderten in den Arbeitsprozeß im Einzelfall durch Kündigung wieder entledigen."[25] Diese arbeitgeberseitigen Pflichten sind nunmehr in den §§ 71 ff., §§ 80 ff. SGB IX verankert.[26]

2. *Zwingende Gründe für die Ungleichbehandlung*

Ob für die Beschränkung des besonderes Kündigungsschutzes nach den §§ 85 ff. SGB IX auf die Gruppe der schwerbehinderten und gleichgestellten behinderten Menschen – entsprechend den nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG strengen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung von „einfach" behinderten Menschen einerseits und den dem Geltungsbereich des Schwerbehindertenrechts unterfallenden

---

23 Vgl. BVerwG, Urt. v. 12.1.1966 – V C 62.64, BVerwGE 23, 123, 127; BVerwG, Urt. v. 28.2.1968 – V C 33.66, BVerwGE 29,140, 141 f., wo das Gericht ausdrücklich auch die Rehabilitation als Zweck des besonderen Kündigungsschutzes in Gestalt der „seelischen Aufrichtung und Überwindung [der] Gebrechen" der Betroffenen ausweist; BVerwG, Urt. v. 2.7.1992 – 5 C 51.90, BVerwGE 90, 287, 292 f.; vgl. spezifisch für die Gleichstellung nach § 2 Abs. 3 SGB IX auch BSG, Urt. v. 2.3.2000 – B 7 AL 46/99 R, BSGE 86, 10, 15; BSG, Urt. 1.3.2011 – B 7 AL 6/10 R, BSGE 108, 4, 6, Rn. 12; BSG, Urt. v. 6.8.2014 – B 11 AL 16/13 R, Rn. 13 (nach juris); aus dem Schrifttum etwa *Trenk-Hinterberger*, in: HK-SGB IX (Fn. 7), § 85 Rn. 2; *Reinhard Vossen*, in: *Reiner Ascheid/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt* (Hrsg.), Kündigungsrecht – Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Aufl., München 2012, § 85 SGB IX Rn. 2.

24 BGBl. I 1974, S. 981, 1005 (siehe oben Fn. 16).

25 BAG, Urt. v. 16.3.1994 – 8 AZR 688/92, BAGE 76, 142, 146.

26 Insbesondere auf § 81 SGB IX verweist *Rolfs*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Fn. 1), § 85 SGB IX Rn. 1; wiederum zu der Wechselbezüglichkeit der §§ 81 und 71 Abs. 1 SGB IX *Düwell*, in: LPK-SGB IX (Fn. 19), § 81 Rn. 9; in der Sache ebenso *Jacob Joussen*, in: LPK-SGB IX (Fn. 19), § 71 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Menschen andererseits – zwingende Gründe vorliegen, bedarf der Klärung.

a) Der GdB als Maßstab für die Anwendung der §§ 85 ff. SGB IX

Wesentlicher Maßstab für die Verschiedenbehandlung ist der GdB. Dies erweist sich in der Zusammenschau der Absätze 2 und 3 des § 2 SGB IX. Die Gleichstellung gem. § 2 Abs. 3 SGB IX gründet in der Kompensation eines im Verhältnis zu den schwerbehinderten Menschen geringeren GdB, nämlich von unter 50, aber wenigstens von 30, durch das Postulat, dass diese Menschen ohne die Gleichstellung einen Arbeitsplatz nicht erlangen oder erhalten können. Darüber entscheidet gem. § 68 Abs. 2 Satz 1 SGB IX die Bundesagentur für Arbeit, die „aufgrund [ihrer] Vermittlungsbemühungen am ehesten beurteilen kann, ob die Unterbringung eines Behinderten auf dem Arbeitsmarkt auf besondere Schwierigkeiten stößt, die durch eine Gleichstellung ausgeräumt werden können."[27]

Daraus lässt sich schließen, dass bei schwerbehinderten Menschen mit einem GdB von wenigstens 50 besondere Schwierigkeiten – beim Erlangen oder Behalten eines Arbeitsplatzes – vermutet werden.[28] Der normativen Grenzziehung zwischen den genannten Gruppen und den „einfach" behinderten Menschen kann damit zugleich entnommen werden, dass besondere Schwierigkeiten zur beruflichen Teilhabe bei diesen wohl nicht gesehen werden.

Dagegen spricht allerdings, dass auch unterhalb eines GdB von 30 erhebliche Schwierigkeiten bestehen können, den Arbeitsplatz – im konkret in Rede stehenden Kontext der Kündigung – zu behalten. Anhaltspunkte dafür kann die Versorgungsmedizin-Verordnung (VersMedV) vom 10.12.2008[29] liefern, welche auf Grundlage des § 30 Abs. 16 Bundesversorgungsgesetz (BVG) in der Fassung der Bekanntmachung vom

---

27 So die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Schwerbeschädigtenrechts, BT-Drucks. 7/656, S. 24 f.

28 Siehe auch BSG, Urt. v. 2.3.2000 – B 7 AL 46/99 R, BSGE 86, 10, 14 f., wo im Ergebnis von einer unwiderlegbaren Vermutung ausgegangen wird, „daß der Schwerbehinderte hinsichtlich seiner beruflichen und gesellschaftlichen Integration immer einer besonderen gesetzlichen Hilfe und eines entsprechenden Schutzes bedarf, ohne daß es auf die individuellen Umstände ankommt.".

29 BGBl. I 2008, S. 2412.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

22.1.1982[30] erlassen wurde[31] und gemäß ihrem § 1 „die Grundsätze für die medizinische Bewertung von Schädigungsfolgen und die Feststellung des Grades der Schädigungsfolgen im Sinne des § 30 Abs. 1 des [BVG]“ regelt.

Gem. § 69 Abs. 1 Satz 5 SGB IX gelten die Maßstäbe des § 30 Abs. 1 BVG, wonach „der Grad der Schädigungsfolgen […] nach den allgemeinen Auswirkungen der Funktionsbeeinträchtigungen, die durch die als Schädigungsfolge anerkannten körperlichen, geistigen oder seelischen Gesundheitsstörungen bedingt sind, in allen Lebensbereichen zu beurteilen [ist]“ (Satz 1), sowie die VersMedV bei der Feststellung des GdB durch die Versorgungsämter entsprechend. Im Teil B der Anlage zu § 2 VersMedV wird einzelnen Krankheitsbildern, die in 17 Gruppen zusammengefasst sind, jeweils ein Grad der Schädigung respektive Behinderung[32] zugeordnet.

aa) Erhöhte Krankheitsanfälligkeit unterhalb eines GdB von 30

Die Anlage zu § 2 VersMedV weist unterschiedliche Krankheitsbilder aus, die nicht den für die Eröffnung des besonderen Kündigungsschutzes nach den §§ 85 ff. SGB IX obligatorischen GdB von 30 erreichen, aber gleichwohl eine erhöhte Krankheitsanfälligkeit begünstigen und, damit einhergehend, die Gefahr erhöhter Fehlzeiten in sich bergen.[33]

Exemplarisch genannt werden können Wirbelsäulenschäden mit mittelgradigen funktionellen Auswirkungen in einem Wirbelsäulenabschnitt, gemeint sind Verformungen, häufig rezidivierende oder anhaltende Bewegungseinschränkungen oder eine Instabilität mittleren Grades und häufig

---

30 BGBl. I 1982, S. 21.

31 In der Eingangsformel der VersMedV wird noch § 30 Abs. 17 BVG als Ermächtigungsgrundlage für ihren Erlass genannt, allerdings wurde durch Art. 1 Nr. 16 Buchst. e und f des Gesetzes zur Änderung des Bundesversorgungsgesetzes und anderer Vorschriften vom 20.6.2011 (BGBl. I 2011, S. 1114) der damalige Absatz 16 aufgehoben und wurde Absatz 17 zu Absatz 16.

32 Im Folgenden wird im Zusammenhang mit der VersMedV immer vom GdB gesprochen.

33 Vgl. unter I. (Fn. 11) den Hinweis auf EuGH, Urt. v. 11.4.2013 – C-335/11, C-337/11, NZA 2013, S. 553, 557, Rn. 76 – *Ring und Skouboe*, wo eine Unterscheidung nach dem Schweregrad der Behinderung nicht erfolgt [dazu noch unter III.2.b)].

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rezidivierende und über Tage andauernde Wirbelsäulensyndrome (B.18.9 der Anlage zu § 2 VersMedV: GdB von 20).

Mit dem durch eine erhöhte Krankheitsanfälligkeit bedingten Risiko der negativen Gesundheitsprognose[34] und der personenbedingten in Gestalt der krankheitsbedingten Kündigung[35] einher geht ein die Vorgaben der §§ 85 ff. SGB IX tragendes besonderes Schutzinteresse[36]. Für eine unterschiedliche Behandlung hinsichtlich des Kündigungsschutzes je nach GdB sprechen in Anbetracht dessen keine zwingenden Gründe.

bb) Keine starren GdB-Grenzen

Hinzu kommen Fälle, die sich im Überschneidungsbereich von „einfacher" Behinderung und Gleichstellung bewegen, das heißt nach der Anlage zu § 2 VersMedV mit einem GdB von 10 oder 20 bis 30 oder 40 belegt werden. Der Übergang von der „einfachen" Behinderung zur Gleichstellung kann demnach fließend sein. Ob am Ende ein GdB von weniger als 30 oder von 30 und mehr festgestellt wird, ob mithin die Möglichkeit einer Gleichstellung nach § 2 Abs. 3 SGB IX und damit der Anwendung der §§ 85 ff. SGB IX eröffnet wird, hängt von der Bewertung durch die Versorgungsämter im Einzelfall gem. § 69 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 SGB IX ab.

Auch insoweit sprechen keine zwingenden Gründe für eine unterschiedliche Behandlung „einfach" behinderter Menschen einerseits und schwerbehinderter und gleichgestellter behinderter Menschen andererseits.

Beispielhaft sollen an dieser Stelle folgende Krankheitsbilder angeführt werden, die allesamt auch eine erhöhte Krankheitsanfälligkeit begünstigen:

- die echte Migräne mittelgradiger Verlaufsform, das heißt mit häufigeren Anfällen, die jeweils einen oder mehrere Tage anhalten (B.2.3 der Anlage zu § 2 VersMedV: GdB von 20 bis 40),
- die chronische Bronchitis und Bronchiektasen in schwerer Form, also bei fast kontinuierlich ausgiebigem Husten und Auswurf und häufigen

34 Die Begründung einer negativen Gesundheitsprognose bei chronischen Leiden für unproblematisch erachtend *Roos*, in: HK-ArbR (Fn. 1), § 1 KSchG Rn. 74.
35 Siehe unter I.
36 Siehe oben III.1.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

akuten Schüben (B.8.2 der Anlage zu § 2 VersMedV: GdB von 20 bis 30),

- chronische Darmstörungen, mithin ein irritabler Darm, Divertikulose, Divertikulitis oder Darmteilresektion mit stärkeren und häufig rezidivierenden oder anhaltenden Symptomen, wie zum Beispiel Durchfällen (B.10.2.2 der Anlage zu § 2 VersMedV: GdB von 20 bis 30).

In gleicher Weise gibt es fließende Übergänge von der Gleichstellung zur Schwerbehinderung, etwa bei affektiven Psychosen mit relativ kurz andauernden, aber häufig wiederkehrenden Phasen, konkret bei ein bis zwei Phasen im Jahr von mehrwöchiger Dauer (B.3.6 der Anlage zu § 2 VersMedV: GdB von 30 bis 50), und bei chronisch-venöser Insuffizienz, zum Beispiel bei Krampfadern mit chronischen rezidivierenden Geschwüren, je nach Ausdehnung und Häufigkeit (B.9.2.3 der Anlage zu § 2 VersMedV: GdB von 30 bis 50).

b) Das Begriffsverständnis von Behinderung nach der Behindertenrechtskonvention (BRK)

Gegen das Bestehen zwingender Gründe für eine kündigungsschutzrechtlich unterschiedliche Behandlung je nach festgestelltem GdB spricht neben Gesagtem das in der BRK verankerte Verständnis von Behinderung, das ohne eine Unterteilung nach der Schwere der Behinderung auskommt. So heißt es in Art. 1 UAbs. 2 BRK, dass zu den Menschen mit Behinderungen solche zählen, „die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.“[37]

---

37 Zu Entstehung und Bedeutung des Art. 1 UAbs. 2 BRK *Theresia Degener*, Menschenrechtsschutz für behinderte Menschen – Vom Entstehen einer neuen Menschenrechtskonvention der Vereinten Nationen, VN 2006, S. 104, 106; *Jochen von Bernstorff*, Menschenrechte und Betroffenenrepräsentation: Entstehung und Inhalt eines UN-Antidiskriminierungsübereinkommens über die Rechte von behinderten Menschen, ZaöRV 67 (2007), S. 1041, 1047; *Theresia Degener*, Die UN-Behindertenrechtskonvention als Inklusionsmotor, RdJB 2009, S. 200, 203 f.; *Theresia Degener*, Welche legislativen Herausforderungen bestehen in Bezug auf die nationale Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention in Bund und Ländern?, br 2009, S. 34, 34.; *Theresia Degener*, Die UN-Behindertenrechtskonven-

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dementsprechend hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in einer Entscheidung vom 11.4.2013 in Ansehung der Tatsachen, dass die Europäische Union (EU), die gem. Art. 47 des Vertrages über die Europäische Union (EUV) in der Fassung des Vertrages von Lissabon vom 13.12.2007[38] (in Kraft getreten am 1.12.2009[39]) Rechtspersönlichkeit besitzt, der BRK am 23.12.2010 beigetreten ist[40] und dass von der Union geschlossene internationale Übereinkünfte gem. Art. 216 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in der Fassung des Vertrages von Lissabon die Organe der Union und die Mitgliedstaaten im Rahmen der unionalen Vertragsabschlusskompetenz (vgl. Art. 216 Abs. 1 AEUV) binden, die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf[41] BRK-konform ausgelegt[42] und den Begriff der Behinderung, der in Art. 1 der Richtlinie 2000/78/EG genannt, aber nicht definiert wird, so verstanden, dass er Einschränkungen erfasst, „die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen [sind], die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betreffenden an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit anderen Arbeitnehmern, hindern können.“[43]

Das Abstellen auf „den“ Betreffenden macht deutlich, dass es sich bei der Ermittlung der Beeinträchtigung der beruflichen Teilhabe um eine Entscheidung im Einzelfall handelt; eine Klassifikation nach dem Schweregrad der Behinderung erfolgt nicht.

Explizit ausgeführt hat dies das BAG in einer Entscheidung vom 19.12.2013, in der es um die Wirksamkeit einer Wartezeitkündigung des

---

tion – Grundlage für eine neue inklusive Menschenrechtstheorie, VN 2010, S. 57, 57 f.

38 ABl. Nr. C 306 vom 17.12.2007, S. 1.

39 Siehe die Bekanntmachung über das Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon vom 13.12.2007 vom 13.11.2009, BGBl. II 2009, S. 1223.

40 Beschluss 2010/48/EG des Rates vom 26.11.2009 über den Abschluss des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Europäische Gemeinschaft, ABl. Nr. L 23 vom 27.1.2010, S. 35.

41 ABl. Nr. L 303 vom 2.12.2000, S. 16.

42 EuGH, Urt. v. 11.4.2013 – C-335/11, C-337/11, NZA 2013, S. 553, 554, Rn. 28 ff. – *Ring und Skouboe*.

43 EuGH, Urt. v. 11.4.2013 – C-335/11, C-337/11, NZA 2013, S. 553, 555, Rn. 38 – *Ring und Skouboe*.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

an symptomloser HIV-Infektion erkrankten Klägers ging. Das BAG hat das Vorliegen einer Diskriminierung aus Gründen einer Behinderung geprüft und, anknüpfend an das Urteil des EuGH vom 11.4.2013, judiziert, dass die Bestimmungen der BRK integrierender Bestandteil der Unionsrechtsordnung[44] und dadurch zugleich Bestandteil des – gegebenenfalls unionsrechtskonform auszulegenden – deutschen Rechts seien[45] mit der Folge, dass, soweit das nationale Recht hinter dem supranationalen Recht zurückbleibe, der Behinderungsbegriff des Unionsrechts zugrunde zu legen sei[46].

Unter Berücksichtigung des maßgeblichen supranationalen Rechts ist das BAG sodann zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Behinderung i. S. d. § 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14.8.2006[47], das darauf abzielt, Benachteiligungen aus Gründen unter anderem einer Behinderung zu verhindern oder zu beseitigen[48], dann vorliegt, „wenn die körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit eines Menschen langfristig eingeschränkt ist und dadurch – in Wechselwirkung mit verschiedenen sozialen Kontextfaktoren – seine Teilhabe an der Gesellschaft, wozu auch die Teilhabe am Berufsleben gehört, substantiell beeinträchtigt sein kann."[49] Auf einen bestimmten GdB komme es nicht an.[50] Ob eine Behinderung, welche die gesellschaftliche Teilhabebeeinträchtigung voraussetze, vorliege, so das BAG weiter, „ist unter Beachtung dieses Begriffsverständnisses im Einzelfall festzustellen […], wobei [gem. Buchst. e der Präambel zur BRK] auch zu beachten ist, dass das Verständnis von Behinderung nicht statisch ist […]."[51]

---

44 Konkret unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 11.4.2013 – C-335/11, C-337/11, NZA 2013, S. 553, 554, Rn. 30 – *Ring und Skouboe*.

45 BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372, 378, Rn. 53.

46 Dies bejahend BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372, 379, Rn. 65.

47 BGBl. I 2006, S. 1897.

48 Darauf hinweisend, dass § 1 AGG keine bloße Zielbestimmung darstellt, „sondern eine Vorverlagerung von notwendigen Tatbestandsmerkmalen der Verbotsnorm des § 7", *Monika Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Fn. 1), § 1 AGG Rn. 1.

49 BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372, 379, Rn. 57.

50 BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372, 379, Rn. 57; BAG, Urt. v. 16.2.2012 – 8 AZR 697/10, NZA 2012, S. 667, 669, Rn. 32; BAG, Urt. v. 3.4.2007 – 9 AZR 823/06, BAGE 122, 54, 59 f., Rn. 23.

51 BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372, 379, Rn. 57.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Da bei der Bestimmung des Begriffs der Behinderung in § 1 AGG auf § 2 Abs. 1 SGB IX zurückgegriffen wird,[52] lassen sich die Ausführungen des BAG zum AGG auf den Behinderungsbegriff des § 2 Abs. 1 SGB IX übertragen.[53]

c) Behinderung und berufliche Teilhabe nach dem SGB III

Gegen einen zwingenden Grund für einen besonderen Kündigungsschutz nur für schwerbehinderte und gleichgestellte behinderte Menschen unter Ausschluss der Menschen mit „einfachen" Behinderungen spricht auch das ohne Differenzierung nach dem GdB auskommende Arbeitsförderungsrecht, das im Rahmen der aktiven Arbeitsförderung Leistungen zur Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben (§§ 112 bis 129 SGB III) gewährt, wenn eine Behinderung i. S. d. § 19 SGB III vorliegt und die übrigen in § 112 Abs. 1 SGB III genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Behindert sind gem. § 19 Abs. 1 SGB III Menschen, „deren Aussichten, am Arbeitsleben teilzuhaben oder weiter teilzuhaben, wegen Art oder Schwere ihrer Behinderung im Sinne von § 2 Abs. 1 des Neunten Buches nicht nur vorübergehend wesentlich gemindert sind und die deshalb Hilfen zur Teilhabe am Arbeitsleben benötigen, einschließlich lernbehinderter Menschen."[54] Der Gesetzgeber ist durch die über den Verweis auf § 2 Abs. 1

52 Siehe die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BT-Drucks. 16/1780, S. 31; aus der Rechtsprechung BAG, Urt. v. 7.6.2011 – 1 AZR 34/10, BAGE 138, 107, 112, Rn. 25; BAG, Urt. v. 16.2.2012 – 8 AZR 697/10, NZA 2012, S. 667, 669, Rn. 32; aus dem Schrifttum mit zahlreichen Nachweisen *Wolfgang Däubler*, in *Wolfgang Däubler/Martin Bertzbach* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Handkommentar (HK-AGG), 3. Aufl., Baden-Baden 2013, § 1 Rn. 75.

53 Siehe die Gegenüberstellung von § 2 Abs. 1 SGB IX und Art. 1 UAbs. 2 BRK bei *Minou Banafsche*, Die UN-Behindertenrechtskonvention und das deutsche Sozialrecht – eine Vereinbarkeitsanalyse anhand ausgewählter Beispiele (Teil I), SGb 2012, S. 373, 374 ff.

54 Gegen die Annahme, bei § 19 Abs. 1 SGB III handele es sich um eine von § 2 Abs. 1 SGB IX abweichende Definition von Behinderung, *Welti*, in: HK-SGB IX (Fn. 7), § 2 Rn. 8; *Welti*, in: SWK-BR (Fn. 7), Behinderung Rn. 31; *Eckart Stevens-Bartol*, in: *Werner Feldes/Wolfhard Kohte/Eckart Stevens-Bartol* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch Neuntes Buch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. Kommentar für die Praxis, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2011, § 2 Rn. 5;

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

SGB IX erfolgte Öffnung der beruflichen Teilhabeleistungen ohne Einschränkung für alle Menschen mit Behinderungen also offenbar davon ausgegangen, dass auch Menschen mit „einfacher" Behinderung wegen Art oder Schwere ihrer Behinderung nicht nur vorübergehend wesentlich in ihrer Aussicht gemindert sein können, am Arbeitsleben (weiterhin) teilzuhaben,[55] was dann bejaht wird, wenn die Erhaltung eines konkret bestehenden Arbeitsplatzes infolge der Behinderung gefährdet ist[56].

Letzteres ist aber zugleich Voraussetzung auch für eine Gleichstellung nach § 2 Abs. 3 SGB IX, und zwar sowohl nach den Vorgaben der Bundesagentur für Arbeit selbst[57] als auch nach der Rechtsprechung des Bun-

---

Bernhard Knittel, Kommentar zum Sozialgesetzbuch IX – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – und Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 7. Aufl., Köln 2013, § 2 Rn. 9; *Joussen*, in: LPK-SGB IX (Fn. 19), § 2 Rn. 15; anders hingegen *Andrea Kloster*, in: *Bernd Mutschler/Reimund Schmidt-De Caluwe/Pablo Coseriu* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch III: Arbeitsförderung – Großkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2013, § 19 Rn. 14; von einer „spezifischen arbeitsmarktbezogenen Definition in § 19 SGB III" spricht *Constanze Janda*, in: *Rainer Schlegel/Thomas Voelzke/Jens Schubert* (Hrsg.), juris Praxiskommentar SGB III – Arbeitsförderung (jurisPK-SGB III), Saarbrücken 2014, § 19 Rn. 11; vgl. auch BSG, Urt. v. 28.2.1974 – 7 RAr 27/72, SozR 4100 (AFG) § 56 Nr. 1 (S. 1), wo die Rede ist von Behinderung „im Sinne des AFG"; bestätigend BSG, Urt. v. 15.11.1979 – 7 RAr 6/79, SozR 4100 (AFG) § 56 Nr. 8 (S. 13), wo das Gericht allerdings die Kritik aus dem Schrifttum aufgreift, „die Bedrohung der beruflichen Sicherheit sei weder nach der Wortfassung des Gesetzes noch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ein Merkmal des Behinderungsbegriffs", und konstatiert, dies könne offen bleiben, „denn in jedem Fall ist die Beeinträchtigung der beruflichen Sicherheit durch die körperliche, geistige oder seelische Behinderung Voraussetzung für eine Förderung nach §§ 56 ff AFG.".

55 Gleichsam dagegen, dass ein bestimmter GdB vorliegen muss, *Kloster*, in: Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu (Fn. 54), § 19 Rn. 12; *Janda*, in: jurisPK-SGB III (Fn. 54), § 19 Rn. 12.

56 Siehe *Katja Nebe*, in: Alexander Gagel (Begr.), SGB II/SGB III: Grundsicherung und Arbeitsförderung – Kommentar, Bd. 1, München, 54. Ergänzungslieferung, Stand: Juni 2014, § 19 Rn. 17, Stand der Einzelkommentierung: Dezember 2012; vgl. im Hinblick auf den Terminus der „beruflichen Eingliederung" als solchem BSG, Urt. v. 11.3.1976 – 7 RAr 148/74, BSGE 41, 241 (246), wo das Gericht ausführt, dass unter beruflicher Eingliederung nicht nur die formelle Eingliederung, das heißt die Beschaffung eines Arbeitsplatzes zu verstehen sei, sondern auch eine Maßnahme (Leistung), die der Erhaltung des Arbeitsplatzes des behinderten Menschen diene.

57 Siehe unter http://www.arbeitsagentur.de/web/content/DE/BuergerinnenUndBuerger/Menschenmit-Behinderung/Gleichstellung/index.htm (20.8.2014); siehe auch *Hans-Günther Ritz*, in: SWK-BR (Fn. 7), Gleichstellung Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dessozialgerichts (BSG). In einer Entscheidung vom 6.8.2014 hat das BSG im konkreten Fall die Voraussetzungen für eine Gleichstellung – insbesondere die Geeignetheit des bestehenden Arbeitsplatzes und den Ursachenzusammenhang zwischen der Behinderung und der Erforderlichkeit der Gleichstellung – für gegeben erachtet. Ein Ursachenzusammenhang sei zu bejahen, wenn Tatsachen zugrunde lägen, die den Schluss zuließen, dass der Arbeitsplatz wegen der Behinderung konkret gefährdet sei;[58] einer drohenden oder ausgesprochenen Kündigung bedürfe es allerdings nicht.[59]

Den Leistungen zur beruflichen Teilhabe nach dem SGB III liegt demgemäß ein besonderes Schutzbedürfnis der Betroffenen in gleicher Weise zugrunde, wie dies im Rahmen des Schwerbehindertenrechts der Fall ist,[60] so dass es nicht einleuchtet, den Kündigungsschutz nach den §§ 85 ff. SGB IX nur auf den Teil der Menschen mit Behinderungen zu reduzieren, die gem. § 2 Abs. 2 SGB IX schwerbehindert oder gem. § 2 Abs. 3 SGB IX gleichgestellt sind.

d) Die Permeabilität des Schwerbehindertenrechts selbst

Ein zwingender Grund für die Beschränkung des besonderen Kündigungsschutzes auf schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Menschen, der die damit verbundene Ungleichbehandlung der „einfach" behinderten Menschen rechtfertigen könnte, ergibt sich schließlich auch nicht, wenn man den Normzweck der §§ 85 ff. SGB IX, der Gefahr vorzubeugen, dass der Arbeitgeber seine in den §§ 71 ff. und 80 ff. SGB IX statuierten Pflichten im Wege der Kündigung zu umgehen sucht[61], in die Betrachtung einbezieht. Demnach geht es den §§ 85 ff. SGB IX um die Sicherung der Einhaltung dieser Pflichten.

Berücksichtigt man nun, dass das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX als zentrale Pflicht der Arbeitgeber auf alle

---

58 Vgl. BSG, Urt. v. 6.8.2014 – B 11 AL 16/13 R, Rn. 26 (nach juris).

59 BSG, Urt. v. 6.8.2014 – B 11 AL 16/13 R, Rn. 26, 37 (nach juris).

60 Siehe auch *Welti*, in: SWK-BR (Fn. 7), Behinderung Rn. 31, der konstatiert, dass nach der bereichsspezifischen Regelung des § 19 Abs. 1 SGB III die leistungsauslösende Behinderung, nicht anders als bei der Gleichstellung i. S. v. § 2 Abs. 3 SGB IX, insbesondere auf die Beeinträchtigung der Teilhabe am Arbeitsleben zu beziehen sei.

61 Siehe oben III.1.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Arbeitnehmer, das heißt auch auf „einfach" behinderte und kranke Menschen, angewandt wird,[62] ist deren Ausschluss von dem besonderen Kündigungsschutz keineswegs zwingend. Vorliegend gilt dies umso mehr, weil das betriebliche Eingliederungsmanagement zuvörderst der Erhaltung des Arbeitsplatzes zu dienen bestimmt ist (§ 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX). Die hier vorausgesetzte ununterbrochene oder wiederholte Arbeitsunfähigkeit von mehr als sechs Wochen innerhalb eines Jahres stellt einen „Sonderfall" des von § 84 Abs. 1 SGB IX fokussierten Eintretens von unter anderem personenbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, dar.[63] In der damit gebotenen Zusammenschau der Absätze 1 und 2 des § 84 SGB IX ergibt sich folglich, dass personenbedingte Schwierigkeiten, was den Erhalt des Arbeitsplatzes angeht, kein „Alleinstellungsmerkmal" von schwerbehinderten oder gleichgestellten behinderten Menschen sind.

Gestützt wird diese Argumentation noch durch die aus Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. i BRK folgende Verpflichtung sicherzustellen, dass am Arbeitsplatz angemessene Vorkehrungen für alle Menschen mit Behinderungen – ohne Differenzierung nach Behinderungsgraden[64] – getroffen werden. Allgemein definiert werden angemessene Vorkehrungen in Art. 2 UAbs. 4 BRK als „notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können […]." Der EuGH hat in seinem Urteil vom

62 Mit Nachweisen aus instanzgerichtlicher Rechtsprechung und Schrifttum sowie unter Bezugnahme auf die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen (BT-Drucks. 15/1783, S. 15 f.) BAG, Urt. v. 12.7.2007 – 2 AZR 716/06, BAGE 123, 234, 241 f., Rn. 35; BAG, Urt. v. 24.3.2011 – 2 AZR 170/10, NZA 2011, S. 992, 994, Rn. 19; BAG, Urt. v. 28.4.2011 – 8 AZR 515/10, NJW 2011, S. 2458, 2460, Rn. 37; anders etwa *Rolfs*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Fn. 1), § 84 SGB IX Rn. 4, der konstatiert, damit werde die Stellung des § 84 SGB IX im Schwerbehindertenrecht mit seinem in § 68 Abs. 1 und 3 SGB IX definierten Geltungsbereich verkannt.

63 So *Trenk-Hinterberger*, in: HK-SGB IX (Fn. 7), § 84 Rn. 27; siehe ferner *Vossen*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 23), § 85 SGB IX Rn. 2a f.

64 Siehe oben III.2.b).

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

11.4.2013, wie bereits in Bezug auf den Begriff der Behinderung[65], die Richtlinie 2000/78/EG, konkret deren Art. 5, der die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen statuiert[66], i. V. m. deren 20. Erwägungsgrund, der eine exemplarische Aufzählung geeigneter Maßnahmen enthält, in Übereinstimmung mit der BRK weit ausgelegt.[67] Da angesichts dessen davon auszugehen ist, dass die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements, wie es das SGB IX vorsieht, vollständig in der Vornahme angemessener Vorkehrungen aufgeht, würde das BRK-basierte Verständnis von Behinderung auf diesem Wege ohnehin die aus Wortlaut und Systematik zum Teil noch immer hergeleitete Beschränkung des § 84 Abs. 2 SGB IX auf schwerbehinderte und gleichgestellte behinderte Menschen[68] aufbrechen.

3. Ergebnis

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass für die bestehende Ungleichbehandlung von Menschen mit „einfachen" Behinderungen im Verhältnis zu schwerbehinderten und diesen gleichgestellten Menschen bezogen auf die Geltung des besonderen Kündigungsschutzes nach den §§ 85 ff. SGB IX keine zwingenden Gründe vorliegen, deren es aber für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG bedürfte.

---

65 Siehe oben III.2.b).

66 Eine Umsetzung des Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG in deutsches Recht ist nicht erfolgt. Siehe nur den Hinweis des BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372, 378, Rn. 51.

67 EuGH, Urt. v. 11.4.2013 – C-335/11, C-337/11, NZA 2013, S. 553, 556, Rn. 53 ff. – *Ring und Skouboe*; dies rezipierend BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372, 378, Rn. 51 ff.

68 Siehe Fn. 62 am Ende.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eine verfassungskonforme Auslegung[69] ist angesichts des klaren Wortlauts des § 85 („schwerbehinderte Menschen") i. V. m. § 68 Abs. 1 und 3 SGB IX, wonach sich der Geltungsbereich des Schwerbehindertenrechts explizit auf schwerbehinderte und diesen gleichgestellte Menschen erstreckt, nicht möglich, zumal diese in § 2 Abs. 2 und 3 SGB IX, wenn auch aufbauend auf die allgemeine Begriffsbestimmung von Behinderung gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX, so doch eine eigenständige Definition erfahren haben. Aus dem erkennbaren Zweck der genannten Vorschriften, dass nämlich eine Abgrenzung verschiedener Gruppen behinderter Menschen nach dem Schweregrad der Behinderung erfolgen sollte, weil von unterschiedlichen Schutzbedarfen ausgegangen wurde, ergibt sich nichts anderes.

IV. Auflösung der Ungleichbehandlung

Ein Verstoß des Gesetzgebers gegen Art. 3 GG „kann […] regelmäßig auf verschiedene Weise geheilt werden […]."[70] Welchen Weg der Gesetzgeber wählt, „muss grundsätzlich [seiner] Gestaltungsfreiheit überlassen bleiben […]."[71]

---

69 Zu Wortlaut und erkennbarem Zweck der Norm als Grenzen verfassungskonformer Auslegung BVerfG, Beschl. v. 11.6.1958 – 1 BvL 149/52, BVerfGE 8, 28, 34; BVerfG, Beschl. d. Plenums des BVerfG v. 11.6.1980 – 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277, 299 f.; BVerfG, Beschl. v. 26.4.1994 – 1 BvR 1299/89 und 1 BvL 6/90, BVerfGE 90, 263, 275; BVerfG, Urt. v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520, 1521/01, BVerfGE 110, 226, 267; BVerfG, Beschl. v. 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, BVerfGE 119, 247, 274; aus dem Schrifttum *Christian Starck*, in: *Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl., München 2010, Art. 1 Rn. 328; *Christian Hillgruber*, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, S. 118, 119 f.; für einen verantwortungsvolle Handhabung der verfassungskonformen Auslegung mit Blick auf „das austarierte Kompetenzgefüge des Grundgesetzes" appelliert *Andreas Voßkuhle*, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte – Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, AöR 125 (2000), S. 177, 199 f.

70 BVerfG, Beschl. v. 28.11.1967 – 1 BvR 515/63, BVerfGE 22, 349, 361; vgl. auch BVerfG, Urt. v. 3.4.2001 – 1 BvR 81/98, BVerfGE 103, 225, 240; aus dem Schrifttum etwa *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte (Fn. 14), Rn. 515; *Hans Jarass*, in: Hans Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 13. Aufl., München 2014, Art. 3 Rn. 40 ff.

71 BVerfG, Beschl. v. 28.11.1967 – 1 BvR 515/63, BVerfGE 22, 349, 361.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. *Abschaffung des besonderes Kündigungsschutzes nach den §§ 85 ff. SGB IX*

Denkbar wäre es, den besonderen Kündigungsschutz nach den §§ 85 ff. SGB IX insgesamt abzuschaffen. Dann wäre die personenbedingte in Gestalt der krankheitsbedingten Kündigung eines Menschen mit Behinderung gleich welches Behinderungsgrades nicht an die vorherige Zustimmung des Integrationsamtes als Wirksamkeitsvoraussetzung gebunden.[72] Der einzig verbleibende Ort des Schutzes von Menschen mit Behinderungen vor krankheitsbedingter Kündigung wäre in diesem Fall die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall im Sinne einer Abwägung der Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber (bei Anwendbarkeit des KSchG als Teil der Prüfung der Sozialwidrigkeit der Kündigung nach dessen § 1 Abs. 1 und 2).[73] Normativer Anknüpfungspunkt dafür ist die auch für das Arbeitsrecht geltende Vorgabe des § 241 Abs. 2 BGB, wonach das Schuldverhältnis „nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten [kann]"[74]. Bei der Gruppe der Menschen mit Behinderungen wäre in diesem Rahmen unter anderem zu prüfen, ob der Arbeitgeber ein betriebliches Eingliederungsmanagement gem. § 84 Abs. 2 SGB IX, bei dem es sich um eine angemessene Vorkehrung handelt[75], durchgeführt hat.[76]

---

72 Siehe zur Unwirksamkeit einer Kündigung nach den §§ 85 ff. SGB IX ohne vorherige Zustimmung des Integrationsamtes gem. § 134 BGB BAG, Urt. v. 16.3.1994 – 8 AZR 688/92, NZA 1994, S. 879, 880; BAGE 76, 142 144; BVerwG, Urt. v. 19.10.1995 – 5 C 24.93, BVerwGE 99, 336, 340.

73 Exemplarisch *Helga Appel*, in: *Michael Kittner/Bertram Zwanziger/Olaf Deinert* (Hrsg.), Arbeitsrecht – Handbuch für die Praxis, 7. Aufl., Frankfurt am Main 2013, § 72 Rn. 39 ff.; *Oetker*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Fn. 1), § 1 KSchG Rn. 76 f., 82 ff.

74 Noch unter Rekurs auf § 242 BGB *Oetker*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Fn. 1), § 1 KSchG Rn. 76; zum Rücksichtnahmegebot aus der Rechtsprechung BAG, Urt. v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01, BAGE 103, 111, 119 f.; BAG, Urt. v. 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, BAGE 107, 36, 42; BAG, Urt. v. 23.10.2008 – 2 AZR 483/07, NZA-RR 2009, S. 362, 365, Rn. 44.

75 Siehe oben III.2.d).

76 Vgl. entsprechend zu § 84 Abs. 1 SGB IX BAG, Urt. v. 7.12.2006 – 2 AZR 182/06, BAGE 120, 293, 299 f., Rn. 27, wo das Gericht davon ausgeht, „dass § 84 Abs. 1 SGB IX eine Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsschutzrecht innewohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darstellt […]. Eine Kündigung kann damit wegen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip als sozial ungerechtfertigt zu beurteilen sein, wenn bei gehöriger Durchführung des Präventi-

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Daher ist das BAG in seinem Urteil vom 19.12.2013 über eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 241 Abs. 2 BGB i. S. d. Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG i. V. m Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. i, Art. 2 UAbs. 4 BRK als integrierendem Bestandteil der Unionsrechtsordnung[77] allgemein, das heißt unabhängig von der im konkreten Fall nicht relevanten Vorschrift des § 84 Abs. 2 SGB IX, zu dem Ergebnis gelangt, dass die Kündigung eines behinderten Arbeitnehmers wegen fehlender Einsatzmöglichkeiten nur dann wirksam sei, „wenn der Arbeitgeber nicht imstande ist, das infolge der Behinderung vorliegende Beschäftigungshindernis durch angemessene Vorkehrungen zu beseitigen […].“[78]

Geht man davon aus, dass völkerrechtliche Diskriminierungsverbote im nationalen Recht unmittelbar anwendbar sind[79], begründete die Versagung angemessener Vorkehrungen, welche gem. Art. 2 UAbs. 3 BRK eine Diskriminierung aufgrund von Behinderung darstellt, schon aus sich heraus die Unwirksamkeit der Kündigung.

---

onsverfahrens Möglichkeiten bestanden hätten, die Kündigung zu vermeiden […]“; unter Bezugnahme auf § 84 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX BAG, Urt. v. 28.6.2007 – 6 AZR 750/06, BAGE 123, 191, 203 f., Rn. 37 ff.; BAG, Urt. v. 24. 1. 2008 – 6 AZR 96/07, NZA-RR 2008, S. 404, 406 f., Rn. 32 ff.; aus dem Schrifttum etwa *Berkowsky*, in: MüArbR, Bd. 1 (Fn. 1), § 116 Rn. 142, § 136 Rn. 12; *Trenk-Hinterberger*, in: HK-SGB IX (Fn. 7), § 84 Rn. 19 ff., 65 ff.; *Olaf Deinert*, in: *Michael Kittner/Wolfgang Däubler/Bertram Zwanziger* (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht – Kündigungen und andere Formen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Kommentar für die Praxis, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2011, *Rüdiger Linck*, in: Günter Schaub (Begr.), Arbeitsrechtshandbuch – Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 15. Aufl., München 2013, § 131 Rn. 9; *Oetker*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Fn. 1), § 1 KSchG Rn. 151a; *Rolfs*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Fn. 1), § 84 SGB IX Rn. 3, 8.

77 Siehe schon oben III.2.b).

78 BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372, 378, Rn. 53 f.

79 Beispielhaft *Valentin Aichele/Nina Althoff*, Nicht-Diskriminierung und angemessene Vorkehrungen in der UN-Behindertenrechtskonvention, in: *Antje Welke* (Hrsg.), UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, Berlin 2012, S. 104, 116 f., Rn. 66 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Erstrecken des besonderen Kündigungsschutzes auf alle Menschen mit Behinderung

Statt der Abschaffung des besonderen Kündigungsschutzes nach den §§ 85 ff. SGB IX könnte man diesen gleichsam auf Menschen mit „einfacher" Behinderung erstrecken.

Für diese Lösung könnte sprechen, dass die BRK nicht nur dazu verpflichtet, für alle Menschen mit Behinderungen angemessene im Sinne konkret-individueller Vorkehrungen am Arbeitsplatz[80] zu treffen (Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. i BRK), sondern gem. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. e BRK auch zur Förderung der Unterstützung beim Erhalt eines Arbeitsplatzes und gem. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. h BRK zur Förderung der Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen – spezifisch im privaten Sektor – durch geeignete Maßnahmen, die auf die Erhöhung des Beschäftigtenanteils von Menschen mit Behinderungen abzielen[81], was die Verpflichtung impliziert, bestehende Beschäftigungsverhältnisse zu schützen.

Dass dies auch im Wege eines gesetzlich normierten Kündigungsschutzes geschehen kann, folgt aus Art. 4 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b BRK, wonach die Vertragsstaaten verpflichtet werden, zum Zwecke der Gewährleistung und Förderung der vollen Verwirklichung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle Menschen mit Behinderungen ohne jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung (Art. 4 Abs. 1 Satz 1 BRK) „alle geeigneten Maßnahmen, einschließlich gesetzgeberischer Maßnahmen zur Änderung […] bestehender Gesetze […] zu treffen, die eine Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen darstellen […]."

Ferner ist mit Blick auf die Interessen der Arbeitgeber zu berücksichtigen, dass die §§ 85 ff. SGB IX kein Kündigungsverbot aussprechen,[82] so dass eine Partizipation der Menschen mit „einfachen" Behinderungen am besonderen Kündigungsschutz per se keine unzumutbare Belastung für die Arbeitgeber darstellte.

---

80 Siehe in Abgrenzung zu Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. h BRK *Peter Trenk-Hinterberger*, in: Marcus Kreutz/Klaus Lachwitz/Peter Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis – Erläuterungen der Regelung und Anwendungsgebiete, Köln 2013, Art. 27 Rn. 24.

81 Zu dem weiten Verständnis solcher Maßnahmen *Trenk-Hinterberger*, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger (Fn. 80), Art. 27 Rn. 23.

82 Aus der Rechtsprechung BVerwG, Urt. v. 12.1.1966 – V C 62.64, BVerwGE 23, 123, 127.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auch muss das Integrationsamt seine Entscheidung über den Antrag des Arbeitgebers gem. § 88 Abs. 1 SGB IX im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen treffen.[83] Dies setzt nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung „eine Abwägung einerseits der Belange des schwerbehinderten Beschäftigten an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes und andererseits der Interessen des Arbeitgebers, die vorhandenen Arbeitsplätze wirtschaftlich zu nutzen und den Betrieb nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zu führen, voraus, die nicht von einem unvollständigen oder falschen Sachverhalt ausgehen oder erhebliche Umstände des Einzelfalls unberücksichtigt lassen darf."[84]

Dass von dieser Maßgabe in der Entscheidungspraxis nicht zuungunsten der Arbeitgeber abgewichen wird, belegen die Erhebungen der Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellenden (BIH). Ausweislich ihres Jahresberichts 2012/2013[85] haben die Integrationsämter den Anträgen der Arbeitgeber auf Zustimmung zu einer Kündigung im Jahr 2012 in rund 80 % der Kündigungsverfahren stattgegeben.[86]

Demnach und unter Zugrundelegung der seitens der Integrationsämter nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffenden Entscheidungen ist nicht davon auszugehen, dass eine Ausweitung des besonderen Kündigungsschutzes auf „einfach" behinderte Menschen zu einer insgesamt ersichtlich veränderten Zustimmungsquote führte.

Gleichwohl würde durch eine Ausweitung des besonderen Kündigungsschutzes die Sensibilität für die Bedarfe von Menschen mit Behinderungen erhöht und damit ein Beitrag zur Bewusstseinsbildung i. S. d. Art. 8 BRK geleistet.[87]

---

83 BVerwG, Urt. v. 28.11.1958 – V C 32.56, BVerwGE 8, 46, 49; BVerwG, Urt. v. 21.10.1964 – V C 14.63, BVerwGE 19, 327, 328; BVerwG, Urt. v. 2.7.1992 – 5 C 51.90, BVerwGE 90, 287, 292 f.; BVerwG, Urt. v. 19.10.1995 – 5 C 24.93, BVerwGE 99, 336, 337 f.

84 So BVerwG, Beschl. v. 5.12.2006 – 5 B 171.06 – Rn. 4 (nach juris); siehe auch BVerwG, Urt. v. 5.6.1975 – V C 57.73, BVerwGE 48, 264, 266 f.; BVerwG, Urt. v. 2.7.1992 – 5 C 51.90, BVerwGE 90, 287, 293; BVerwG, Urt. v. 19.10.1995 – 5 C 24.93, BVerwGE 99, 336, 337 f.

85 Abrufbar unter http://www.integrationsaemter.de/daten-fakten/67c56/index.html (18.6.2014).

86 BIH Jahresbericht 2012/2013 (Fn. 85), S. 49.

87 Zu den positiven Wirkungen des besonderen Kündigungsschutzes siehe auch den BIH Jahresbericht 2012/2013 (Fn. 85), S. 49 f.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

V. Zusammenfassung

In der Zusammenfassung des Gesagten erweist sich der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte und gleichgestellte behinderte Menschen nach den §§ 85 ff. SGB IX als verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Menschen mit „einfachen" Behinderungen und demnach als Verstoß gegen den besonderen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, dessen Auflösung sinnvoll durch ein Erstrecken des besonderen Kündigungsschutzes auf alle Menschen mit Behinderungen erfolgen könnte.

Damit würde die Lücke zwischen dem Normzweck der §§ 85 ff. SGB IX[88] – dem besonderen Schutzinteresse hinsichtlich des möglichst dauerhaften Erhalts eines bestehenden Arbeitsverhältnisses und dem Ausgleich für eine eingeschränkte Wettbewerbsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt – einerseits und der Beschränkung des Geltungsbereichs der §§ 85 ff. SGB IX auf schwerbehinderte und diesen gleichgestellte behinderte Menschen andererseits geschlossen. Die benannte Schutzlücke wird nicht zuletzt unter Rückgriff auf Sinn und Zweck des § 2 SchwbG sichtbar, der die Gleichstellung regelte und nahezu wortlautgleich in § 2 Abs. 3 SGB IX übernommen wurde. Ausweislich der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Schwerbeschädigtenrechts liegt der Gleichstellung die Erwägung zugrunde, besondere Schwierigkeiten bei der Unterbringung der Betroffenen auf dem Arbeitsmarkt auszugleichen,[89] und zwar nicht im Vergleich zu „einfach" behinderten Menschen, sondern im Vergleich zu nicht behinderten – gesunden – Menschen.[90]

Dass das von den §§ 85 ff. SGB IX fokussierte besondere Schutzinteresse ebenso wie die eingeschränkte Wettbewerbsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen, den allgemeinen Arbeitsmarkt betreffend, jedenfalls keine Fragen einer bestimmten Höhe des GdB sind, haben die Ausführungen gezeigt.

Unter Rückgriff auf den dieser Tagung ihren Rahmen gebenden Akteur, den „Homo faber", als Mensch, der sich durch die Fähigkeit auszeichnet,

---

88 Zu dem Zweck des besonderen Kündigungsschutzes siehe oben III.1.

89 BT-Drucks. 7/656, S. 24 f., siehe schon oben III.2.a) (Fn. 27).

90 Siehe *Dirk Neumann*, Schwerbehindertengesetz – Kommentar [begründet von *Hermann Wilrodt/Otfried Gotzen*], 4. Aufl., München 1976, § 2 Rn. 12, 20; so schon *Hermann Wilrodt/Otfried Gotzen*, Schwerbeschädigtengesetz – Kommentar, München 1953, § 2 Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„für sich Werkzeuge und technische Hilfsmittel zur Bewältigung und Kultivierung der Natur herzustellen“[91], sollte es an einer Änderung des positiven Rechts zur Herstellung gleicher Lebensverhältnisse durch den Gesetzgeber nicht scheitern.

91 Duden, Das Fremdwörterbuch, 8. Aufl., Mannheim 2005, S. 411.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783845269962-205, am 12.10.2024, 04:16:42
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb