

Diskussionsforum Teilhabe und Prävention

Herausgegeben von:

Dr. Alexander Gagel & Dr. Hans-Martin Schian

in Kooperation mit:

Prof. Dr. Wolfhard Kohte
Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg

Prof. Dr. Ulrich Preis
Institut für Deutsches und
Europäisches Sozialrecht,
Universität zu Köln

PD Dr. Felix Welti
Institut für Sozialrecht und
Sozialpolitik in Europa, Christian-
Albrechts-Universität zu Kiel

Juli 2007

Forum B

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 14/2007 –

§ 84 Abs. 1 SGB IX gilt auch in der Probezeit

- Anmerkung zu LAG Hamm, Urt. v. 17.12.2006 - 15 (11) 1236/06-

von Dr. Alexander Gagel, Marcus Schian

In § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX ist bestimmt, dass die Vorschriften über das Erfordernis einer Zustimmung des Integrationsamts bei Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer nicht anzuwenden sind, wenn das Arbeitsverhältnis bei Zugang der Kündigung noch nicht sechs Monate ohne Unterbrechung bestanden hat. Der Wortlaut dieser Vorschrift umfasst nicht das in § 84 Abs. 1 SGB IX geregelte Verfahren zur Arbeitsplatzsicherung. Das **LArbG Hamm** (Urt. v. 17.12.2006 - 15(11) Sa 1236/06 -) hat indes neuerdings entschieden, dass in dem in § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX bestimmten Zeitraum für die **Anwendung von § 84 Abs. 1 SGB IX kein Raum** sei, weil in Fällen, in denen das **Arbeitsverhältnis noch keine sechs Monate gedauert habe**, dem Arbeitnehmer weder allgemeiner Kündigungsschutz (§ 1 KSchG) noch Sonderkündigungsschutz nach dem SGB IX (§§ 85ff.) zustehe.

Dem ist zu widersprechen. Wir stellen diesem Urteil die folgenden **Thesen** gegenüber:

- 1. § 84 Abs. 1 SGB IX gilt auch für Arbeitsverhältnisse, die noch keine sechs Monate gedauert haben.**
- 2. § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX, der für diese Fälle das Erfordernis einer Zustimmung des Integrationsamts (§§ 85 ff SGB IX) durchbricht, hat keinen Einfluss auf § 84 Abs. 1 SGB IX.**
- 3. § 84 Abs. 1 SGB IX enthält keine formelle Voraussetzung der Kündigung, ist aber bei der Beurteilung des Kündigungsgrundes oder der Treuwidrigkeit der Kündigung zu berücksichtigen.**
- 4. Ausnahmen kommen nur dort in Betracht, wo der Arbeitgeber darlegt und nachweist, dass die Durchführung des Verfahrens von vornherein aussichtslos war.**
- 5. Das ist aber nur selten möglich, weil die sich im Verfahren ergebenden Möglichkeiten und Kompromisse regelmäßig nicht vorhersehbar sind.**

Wir möchten Sie auch auf die Sammlung aller bisher erschienenen Diskussionsbeiträge im Internet unter www.iqpr.de aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

Urteil des LArbG Hamm v. 17.12.2006 - 15 (11) 1236/06 -

I. Der Fall

Der **Kläger** ist u.A. wegen einer starken Sehbehinderung als **schwerbehindert** anerkannt (GdB 100). Er wurde am 01.08.2005 als wissenschaftlicher Angestellter bei dem beklagten Land (Universität) mit 50 % der regelmäßigen Arbeitszeit eingestellt. Das **Arbeitsverhältnis diente der beruflichen Weiterbildung schwerbehinderter Menschen** und war gem. § 57b Abs. 1 Satz 2 HRG bis 31.07.2007 befristet. Darüber hinaus war eine Probezeit von sechs Monaten vereinbart worden.

Noch innerhalb der Probezeit hörte der Rektor der Universität den Personalrat zur beabsichtigten Kündigung des Klägers an. Es heißt dort u.A., dem Kläger sei es in den ersten vier Monaten seiner Tätigkeit nicht gelungen, sich inhaltlich und organisatorisch in das Projekt einzuarbeiten. Er **sei nicht in der Lage selbständig, zügig und verantwortungsbewußt zu arbeiten** und mehrere Aufgaben parallel zu erledigen.

Desgleichen teilte der Rektor die Absicht der Kündigung der Schwerbehindertenvertretung mit. Dem Kläger ging die **Kündigung am 24.01.2006** zu.

Mit seiner Klage macht er geltend, die **Kündigung verstoße gegen das ultima-ratio-Prinzip, weil das Verfahren zur Sicherung des Arbeitsplatzes nach § 84 Abs. 1 SGB IX nicht stattgefunden habe**. Auch seien die angeführten Kündigungsgründe nicht zutreffend. Das Arbeitsverhältnis habe der Fortbildung gedient. Eine interne Fortbildung habe nicht stattgefunden und an der externen Fortbildung habe er aus Zeitgründen nicht teilnehmen können. Zudem sei nicht berücksichtigt, dass die aufgeführten **Mängel mit der Behinderung in Zusammenhang** ständen. Wenn jemand, wie er, nahezu blind sei könne er nicht schnell und nicht schriftlich arbeiten. Demgegenüber trug das beklagte Land vor, es habe Bemühungen durch Gespräche der Vorgesetzten gegeben, der Kläger habe sich aber uneinsichtig gezeigt.

Die Klage hatte in beiden Instanzen keinen Erfolg.

II. Die Entscheidung

Das LArbG war der Auffassung, die Einhaltung von **§ 84 Abs. 1 SGB IX sei keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung**. Die Verletzung dieser Vorschrift könne lediglich **bei der Bewertung des Kündigungsgrundes Berücksichtigung finden**, wenn es denkbar war, dass das Präventionsverfahren die im Arbeitsverhältnis aufgetretenen Schwierigkeiten möglicherweise hätte beseitigen können (Anschluss an BAG, Urt. v. 07.12.2006 - 2 AZR 182/06 - Presseerklärung Nr. 78/06). Im vorliegenden Fall könne diese Überlegung aber nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führen, da das beklagte Land zur Wirksamkeit der **Kündigung keines Kündigungsgrundes bedurfte**. Dem Kläger habe weder der Kündigungsschutz nach § 1 KSchG (Dauer des Arbeitsverhältnisses unter sechs Monaten) noch der Sonderkündigungsschutz nach §§ 85 ff SGB IX (Ausschluss durch § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX) zugestanden.

Die **Nichtbeachtung von § 84 Abs. 1 SGB IX verstoße** auch **nicht gegen das Willkürverbot**. Wenn das Unterlassen des Verfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX als willkürlich angesehen werden sollte, hätte der Gesetzgeber dies regeln müssen. Im Hinblick auf die Begrenzung des Zustimmungsverfahrens nach §§ 85 ff SGB IX durch § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX dürfe der Arbeitgeber davon ausgehen, in den ersten sechs Monaten ohne Einschaltung des Integrationsamts kündigen zu können.

IV. Würdigung/Kritik

Der Entscheidung liegen einige Mißverständnisse zugrunde:

Die **Anwendbarkeit des § 84 Abs. 1 SGB IX** ist de lege lata in keiner Richtung beschränkt, ebensowenig wie der des § 81 Abs. 4 SGB IX. Diese Vorschriften **gelten für alle Formen des Arbeitsverhältnisses** mithin auch für Arbeitsverhältnisse, die noch keine sechs Monate gedauert haben, oder Probearbeitsverhältnisse (Brose, RdA 2006, 149). Dies ist auch gerechtfertigt, weil die Möglichkeit des Fußfassens im Arbeitsverhältnis von ähnlich großer Bedeutung ist, wie der Erhalt eines Dauerarbeitsverhältnisses. Die Anwendbarkeit wird auch **nicht durch § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX eingeschränkt**. Diese Norm bezieht sich allein auf die Notwendigkeit der Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung und hat zum Ziel den besonderen Kündigungsschutz an § 1 KSchG anzupassen. **Hier geht es** indes nicht in erster Linie um Kündigungsschutz, sondern **um die stets bestehende Daueraufgabe des Integrationsamts zur Sicherung von Arbeitsverhältnissen schwerbehinderter Arbeitnehmer durch Beratung und Unterstützung tätig zu werden** und die Pflichten des Arbeitgebers, den schwerbehinderten Beschäftigten in zumutbarer Weise besonders zu unterstützen. § 84 Abs. 1 SGB IX gibt Integrationsamt und Arbeitgeber Gelegenheit ihren Aufgaben gerecht zu werden. Er gibt auch den betrieblichen Gremien Anlass noch einmal genau hinzuschauen, ob Diskriminierung im Spiel ist oder Alternativen, die sich anbieten, nicht genutzt wurden. Auch der BGH in seiner Funktion als Dienstgericht des Bundes hat in einem jüngst ergangenen Urteil (Urteil vom 20.12.2006 – RiZ (R) 2/06 -) die Bedeutung des Vorgehens nach § 84 Abs. 1 SGB IX hervorgehoben. Er hat entschieden, dass eine Entlassung nach § 22 Abs. 1 DRiG, die ausgesprochen wurde, ohne dass ein Versuch unternommen wurde, bestehende Schwierigkeiten nach § 84 Abs. 1 SGB IX auszuräumen, wegen fehlerhafter Ermessensausübung rechtsfehlerhaft ist.

Richtig ist allerdings, dass § 84 Abs. 1 SGB IX keine formelle Voraussetzung für die Kündigung enthält. Das bedeutet aber nicht, dass ein Verstoß gegen diese Verpflichtung für die weiteren Überlegungen unbeachtlich ist. Das LArbG hat selbst (im Anschluss an BAG, Ur. v. 07.12.2006 - 2 AZR 182/06 - a.a.O.) erkannt, dass sich die Nichtbeachtung dieser Verpflichtung (zumindest) auf die Beurteilung des Kündigungsgrundes auswirken kann. Nicht erkannt wurde hingegen, dass **Auswirkungen auch dort in Betracht kommen, wo kein Kündigungsschutz besteht, weil zu prüfen ist, ob die Kündigung sitten- oder treuwidrig ist¹**.

1. Treuwidrigkeit der Kündigung wegen Pflichtverstoßes des Arbeitgebers?

Eine **Treuwidrigkeit** kommt jedenfalls in Betracht, **wenn** Anhaltspunkte vorhanden sind, dass zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses führende **Störungen** durch das

¹ Pick, „Geltung und Bedeutung des § 84 Abs. 2 SGB IX in Kleinbetrieben“, www.iqpr.de Diskussionsforum B Beitrag 6/2006.

Verfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX **hätten ausgeräumt werden können**. Treuwidrig könnte die Entlassung insbesondere gewesen sein, wenn vom Arbeitgeber beanstandete Mängel der Arbeit des Klägers, wie dieser behauptet, darauf zurückzuführen waren, dass die **Weiterbildungsverpflichtungen des Arbeitgebers unzureichend organisiert und nicht seiner Behinderung angepasst wurden**. Nach allgemeinen Grundsätzen muss der Arbeitnehmer in Fällen wie diesen, in denen das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, die Treuwidrigkeit darlegen und beweisen². Dabei kommen ihm gegebenenfalls die Grundsätze der gestuften Darlegungs- und Beweislast zu Gute.

Ob sich angesichts der engen Auslegung der Treuwidrigkeit, wie sie bisher auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung³ vertreten wurde, sich diese allein aus dem Verstoß gegen eine einfachgesetzliche Pflicht wie § 84 Abs. 1 SGB IX begründen lässt, erscheint aber fraglich. Die Frage kann jedoch letztlich offen bleiben, da die Kündigung im vorliegenden Fall aus anderen Gründen als treuwidrig anzusehen ist.

2. Treuwidrigkeit wegen Diskriminierung

Es ist nämlich davon auszugehen, dass die Kündigung eine Diskriminierung darstellt und somit treuwidrig ist.

Dass eine Diskriminierung (Art. 3 Abs. 3 GG) die Treuwidrigkeit einer Kündigung begründet ist ständige Rechtsprechung⁴. Die Kündigung stellt sich hier nach den Maßstäben der §§ 7ff. AGG iVm Art. 5 der RL 2000/78/EG und den §§ 81 Abs. 4 , 84 Abs. 1 SGB IX als Diskriminierung dar. Bei der Prüfung ist das **AGG trotz § 2 Abs. 4 AGG zu berücksichtigen**⁵.

Vorliegend hat der Arbeitgeber zwar ausdrücklich bestritten, dass die Kündigung etwas mit der Behinderung zu tun gehabt habe. Entscheidend war nach seinem Vortrag ausschließlich die **mangelnde Eignung** des Beschäftigten. Wäre der Beschäftigte tatsächlich nicht für den Arbeitsplatz geeignet, so läge auch keine nach § 7 AGG grundsätzlich verbotene Diskriminierung vor, da die unterschiedliche Behandlung nicht wegen einer Behinderung erfolgen würde. Bei (schwer)behinderten Beschäftigten sind jedoch die schon in Art. 5 RL 2000/78/EG festgelegten, in § 81 Abs. 4 SGB IX und § 84 Abs. 1 SGB IX im einzelnen ausgeformten **Verpflichtungen des Arbeitgebers** zu berücksichtigen. Als Konsequenz aus diesen Vorschriften kann die mangelnde Eignung eines behinderten Beschäftigten nur insoweit als Begründung für eine negative Maßnahme wie der Kündigung herangezogen (und somit eine Diskriminierung wegen der Behinderung ausgeschlossen) werden, als die mangelnde Eignung unter Zugrundelegung **zumutbarer Fortbildungs- und Anpassungsmaßnahmen** festgestellt wird⁶. Was zumutbar und möglich ist, ist aber im Rahmen des verpflichtenden Verfahrens **nach § 84 Abs. 1 SGB IX zu prüfen**⁷. Wird es nicht durchgeführt, kann regelmäßig nicht dargelegt werden, dass zur Herbeiführung einer Eignung führende Maßnahmen nicht möglich bzw. nicht zumutbar waren.

Im vorliegenden Fall sind zwar Schwerbehindertenvertretung und Personalrat über die beabsichtigte Kündigung informiert worden und es haben nach Darstellung des Arbeitgebers

² BAG Urteil v. 21.02.2001 - 2 AZR 15/00 -

³ BAG, Urteile vom 23.6.1994 - 2 AZR 617/93 -, v. 01.07.1999 - 2 AZR 926/98 -, v. 21.02.2001 - 2 AZR 15/00 - juris -; BVerfG, Urteil v. 24.04.1991 - 1 BvR 1341/90 - juris -.

⁴ BAG, v. 21.02.2001 - 2 AZR 15/00 - juris -.

⁵ ArbG Osnabrück, Urteil v. 05.02.2007 - 3 Ca 721/06 -.

⁶ Brors in Däubler/Bertzbach, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar, § 8 Rn. 36.

⁷ BAG, Urteil vom 10.5.2005 - 9 AZR 230/04 -.

auch Gespräche mit Vorgesetzten und dem Integrationsamt stattgefunden. Es ist jedoch weder ersichtlich, welchen Inhalt diese Kontakte hatten, noch dass die Ergebnisse mit den betrieblichen Vertretungen erörtert wurden. Der Kläger hat demgegenüber Anhaltspunkte vorgetragen, die für eine Erfolgsaussicht der Konsultationen nach § 84 Abs. 1 SGB XI sprachen, indem er unzureichende Organisation und unzureichende Anpassung an die Art der Behinderung gerügt hat. Dem wäre nachzugehen gewesen.

Da der Arbeitgeber hier ohne Durchführung des Verfahrens nicht darlegen und beweisen kann, dass die Kündigung nicht wegen einer Behinderung sondern „nur“ wegen mangelnder Eignung erfolgte, kann von einer grundsätzlich verbotenen Diskriminierung und folglich von der **Treuwidrigkeit der Kündigung** ausgegangen werden.

Wäre von vornherein klar gewesen, dass die Einhaltung der Pflichten nach § 84 Abs. 1 SGB IX von vornherein keine Erfolgsaussicht im Sinne eines Arbeitsplatzerhalts hat, hätte der Arbeitgeber das Verfahren nach Art. 5 RL 2000/78 EG iVm § 84 Abs. 1 SGB IX natürlich auch nicht durchführen müssen. Denn **aussichtslose Maßnahmen sind nicht zumutbar**. Das kann aber nur in seltenen Ausnahmefällen angenommen werden, da **schwer vorauszusagen** ist, was in einem Verfahren, an dem mehrere Akteure beteiligt sind und Unterstützungsleistungen in Betracht kommen, **an anderen Wegen gefunden werden kann, dem behinderten Menschen die Ausübung des Berufs zu ermöglichen**. Der Arbeitgeber trägt die Darlegungs- und Beweislast, dass solche Alternativen von vornherein ausgeschlossen waren.

Fazit:

Die Praxis muss davon Kenntnis nehmen, dass § 84 Abs. 1 SGB IX in allen Arbeitsverhältnissen schwerbehinderter Arbeitnehmer und für alle dort auftretenden Schwierigkeiten gilt, nach derzeitiger Rechtslage auch in der Probezeit. Es muss ferner ins Bewusstsein dringen, dass die richtige Erkenntnis, § 84 Abs. 1 SGB IX enthalte keine formelle Voraussetzung der Kündigung, seine Berücksichtigung im Übrigen nicht ausschließt. Das Unterlassen des Verfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX ist zu berücksichtigen bei der Beurteilung des Kündigungsgrundes und ebenso bei der Entscheidung, ob eine Kündigung treuwidrig ist. Diese Prüfungen entfallen nur, wenn von vornherein klar ist, dass das Verfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX keine Erfolgsaussicht bietet.

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.
