

– Fachbeitrag B3-2024 –

08.05.2024

## **Die Arbeitgeberpflicht zur Durchführung eines Präventionsverfahrens besteht auch in den ersten sechs Monaten des Beschäftigungsverhältnisses**

**Anmerkung zu Urteil ArbG Köln vom 20. Dezember 2023 – 18 Ca 3954/23<sup>1</sup>**

*Von Dr.‘ Cathleen Rabe-Rosendahl, Zentrum für Sozialforschung Halle*

### **I. Thesen der Autorin**

1. Die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen und somit auch zur Durchführung eines Suchprozesses für eine solche Vorkehrung gilt ab Beschäftigungsbeginn. Eine zeitliche Beschränkung der Verpflichtung des Arbeitgebers sieht die Richtlinie 2000/78/EG nicht vor.
2. Das Unterlassen eines Präventionsverfahrens nach § 167 SGB IX kann bereits eine Benachteiligung wegen einer Behinderung darstellen.
3. Die Durchführung eines Konfliktpräventionsverfahrens nach § 167 Abs. 1 SGB IX auch bereits in den ersten sechs Monaten sollte in einer Inklusionsvereinbarung konkretisiert werden.

### **II. Wesentliche Aussagen der Entscheidung**

1. Kündigungen, die gegen das Diskriminierungsverbot aus § 164 Abs. 2 SGB IX verstoßen, sind rechtsunwirksam.
2. Eine durch § 164 Abs. 2 SGB IX verbotene Diskriminierung ist zumindest indiziert, wenn der Arbeitgeber gegen seine Verpflichtung zur Durchführung eines Konfliktpräventionsverfahrens gemäß § 167 Abs. 1 SGB IX verstößt.
3. Arbeitgeber sind auch – entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes zur Vorgängernorm – während der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG verpflichtet, ein Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX durchzuführen.

---

<sup>1</sup> Dieser Beitrag wurde unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de) als Fachbeitrag B3-2024 in der Kategorie B: Arbeitsrecht veröffentlicht; Zitiervorschlag: Rabe-Rosendahl: Die Arbeitgeberpflicht zur Durchführung eines Präventionsverfahrens besteht auch in den ersten sechs Monaten des Beschäftigungsverhältnisses – Anmerkung zu Urteil ArbG Köln vom 20. Dezember 2023 – 18 Ca 3954/23; Beitrag B3-2024 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de); 08.05.2024.

### III. Der Sachverhalt

Der 1984 geborene schwerbehinderte Beschäftigte war seit dem 1. Januar 2023 bei der beklagten Kommune als „Beschäftigter im Bauhof“ angestellt. In den ersten Monaten seiner Beschäftigung wurde er in verschiedenen Einsatzstellen des Bauhofs eingesetzt. Durch einen beim Fahrradfahren verursachten Kreuzbandriss fiel der Kläger von Ende Mai bis zum Ende der sechsmonatigen Probezeit aus. Die Beklagte hörte am 19. Juni 2023 den Personalrat, die Schwerbehindertenvertretung (SBV) sowie die Gleichstellungsbeauftragte zur beabsichtigten „Kündigung in der Probezeit“ an. Die befragten Einsatzstellen gaben an, keine Einwände gegen eine Kündigung zu haben. Die Beklagte kündigte dem Kläger ordentlich und fristgerecht zum 31. Juli 2023.

Hiergegen wehrt sich der Kläger mit seiner Klage vor dem Arbeitsgericht. Er bringt vor, er habe für die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeit und sein Engagement bei der Beklagten ein hervorragendes Feedback erhalten. Behinderungsbedingt habe er allerdings während der Einarbeitungsphase nicht so konstant und konzentriert arbeiten können wie jemand ohne Behinderung. Dies schlage sich auch in seiner verminderten Lernfähigkeit nieder. Er benötige Routinen und Zeit, um sich bei einer Tätigkeit sicher zu fühlen. „Auch die Beklagte habe ihren Anteil an seinen Leistungen. Es bedürfe eines Vorgesetzten, der den richtigen Ton zu treffen vermöge. Wenn jemand, der etwas nicht (direkt) umsetzen könne, zu stark kritisiert werde, werde dieser zwangsläufig nervös. Dies wiederum führe dazu, dass er (noch) mehr Fehler mache. In seinen beiden letzten Einarbeitungsstationen sei er dagegen gut zurechtgekommen.“ (Rn 4).

Er bringt weiterhin vor, dass die Beklagte ihm eine behinderungsgerechte Beschäftigung hätte anbieten müssen. Während seiner Einarbeitung habe es für ihm geeignete Aufgaben gegeben; dies hätten seine einarbeitenden Vorgesetzten bestätigt.

Die Beklagte ist der Auffassung, sie hätte nicht auf den Kläger bezüglich einer behinderungsgerechten Beschäftigung zugehen müssen, da ihr die seiner Behinderung zugrundeliegende Erkrankung nicht bekannt gewesen sei. Der Kläger habe auch kein solches Verhalten von ihr gefordert.

### IV. Die Entscheidung

Die Kündigungsschutzklage sieht das Arbeitsgericht Köln aufgrund des Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des § 164 Abs. 2 SGB IX als begründet an. Das Arbeitsverhältnis ist somit nicht aufgelöst.

Kündigungen, die gegen gesetzliche Diskriminierungsverbote verstoßen, seien gemäß § 134 BGB unwirksam. § 164 Abs. 2 SGB IX verbiete Arbeitgebern jede Benachteiligung schwerbehinderter Beschäftigter wegen ihrer Behinderung. Diese Vorschrift trage zum einen dem verfassungsrechtlichen Gebot der Inklusion schwerbehinderter Menschen Rechnung, diene aber zugleich auch der Umsetzung der EU-Richtlinie

2000/78/EG zur Verwirklichung von Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf. In dieser sei das in Art. 21 EU-Grundrechtecharta verankerte primärrechtliche Diskriminierungsverbot konkretisiert. Zudem seien die Vorschriften des Art. 14 EMRK sowie Art. 27 Abs. 1 S. 2 lit. a UN-BRK bei der Auslegung der Norm zu berücksichtigen.

Der Arbeitgeber hat zur Gewährleistung der Nichtdiskriminierung angemessene Vorkehrungen, d. h. die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um dem Menschen mit Behinderung die Ausübung eines Berufes zu ermöglichen, sofern ihn die Maßnahmen nicht unverhältnismäßig belasten (Art. 5 RL 2000/78/EG). In diesem Zusammenhang betont das Arbeitsgericht, dass gerade auch die Versagung einer angemessenen Vorkehrung von der UN-BRK als Diskriminierung klassifiziert werde und verweist auf die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG), welches zumindest eine Vermutung einer Benachteiligung wegen einer (Schwer)Behinderung annimmt, wenn der Arbeitgeber gegen Vorschriften, die Verfahrens- und /oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, verstößt. Gerade eine solche Verfahrensvorschrift enthalte § 167 Abs. 1 SGB IX, der der Umsetzung und Stärkung des Anspruchs des Beschäftigten auf eine behinderungsgerechte Beschäftigung, d. h. angemessene Vorkehrungen, diene.

Die Beklagte hätte, als sie sah, dass der Kläger ihren Erwartungen während der Probezeit nicht entsprach, Präventionsmaßnahmen ergreifen und – soweit niederschwellige Maßnahmen nicht fruchteten – die SBV sowie das Integrationsamt präventiv einschalten müssen. Das Versäumnis derartiger Präventionsmaßnahmen indiziere die Ursächlichkeit der Behinderung des Klägers für die ausgesprochene Kündigung.

## V. Würdigung/Kritik

Der Entscheidung des Arbeitsgerichts ist vollumfänglich zuzustimmen. Sie markiert eine wichtige Abkehr von der sehr restriktiven Rechtsprechung des 8. Senats des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zur Vorgängernorm des § 167 Abs. 1 SGB IX (vorher: § 84 Abs. 1 SGB IX). Im Folgenden sollen drei wichtige Punkte der Entscheidung des Arbeitsgerichts Köln näher beleuchtet werden:

### 1. Anwendung des § 167 Abs. 1 SGB IX auch in den ersten sechs Monaten

Die bisherige Rechtsprechung des 8. Senats des BAG<sup>2</sup> hatte die Pflicht zur Durchführung des Konfliktpräventionsverfahrens innerhalb der ersten sechs Monate eines Beschäftigungsverhältnisses abgelehnt, da es, so der 8. Senat, in den ersten sechs Monaten – der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG – auf einen Kündigungsgrund nicht ankäme und gerade aber einen solchen zu verhindern Sinn des § 167 Abs. 1 SGB IX sei. Auch sei die Durchführung eines solchen Verfahrens innerhalb des ersten halben Jahres aufgrund des Zeitaufwandes nicht praktikabel. Diese Entscheidung stieß auf

---

<sup>2</sup> BAG v. 21.04.2016 – 8 AZR 402/14, insb. Rn. 27 ff.

breite Kritik in der juristischen Fachliteratur.<sup>3</sup> Das Arbeitsgericht Köln setzt sich im oben geschilderte Fall ausführlich mit der Rechtsprechung des 8. Senat des BAG auseinander und kommt nach einer sorgfältigen Anwendung der juristischen Auslegungsregeln zum Ergebnis, dass nicht nur die unions- und völkerrechtliche Auslegung keine andere Schlussfolgerung zulassen, sondern auch die grammatikalische und gesetzessystematische Auslegung keinerlei Argumente für eine zeitlich einschränkende Auslegung des § 167 Abs. 1 SGB IX ergeben.<sup>4</sup> Ist ein behinderter Mensch in einem Beschäftigungsverhältnis tätig, müssen alle erforderlichen und angemessenen Maßnahmen getroffen werden, um eine dauerhafte Fortsetzung zu ermöglichen. Das deutsche Recht sieht hierfür mit dem Konfliktpräventionsverfahren nach § 167 Abs.1 SGB IX einen gesetzlich geregelten Suchprozess vor, der für die Situation behinderter Beschäftigter sensibilisierte Akteure wie die SBV und das Integrations-/Inklusionsamt in das Suchverfahren nach einer geeigneten Vorkehrung, die eine behinderungsgerechte Beschäftigung ermöglicht und sichert, miteinbezieht.

Im vorliegenden Fall käme aufgrund der Ausführungen des Klägers insbesondere eine Verlängerung der Probezeit in Betracht, da der Kläger mit ausreichender Einarbeitung und Routine durchaus in der Lage war einen Großteil der ihm übertragenen Aufgaben zu erfüllen. Im Rahmen eines Präventionsverfahrens hätte auch geschaut werden können, ob ein anderer Aufgabenzuschnitt im Anschluss an die Erprobungszeit möglich und für die Beklagte verhältnismäßig wäre. Der EuGH hatte bereits im Jahr 2021 betont, dass es für die Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen nicht darauf ankomme, ob der behinderte Mensch in einem unbefristeten Beschäftigungsverhältnis angestellt sei.<sup>5</sup> Gerade auch während einer Probezeit müssten notwendige Maßnahmen getroffen werden.

Die Beklagte brachte vor, dass sie keine Pflicht gehabt hätte, dem Kläger eine behinderungsgerechte Beschäftigung anzubieten. An diesem Punkt irrt die Beklagte – spätestens, als ihr die Schwierigkeiten im Beschäftigungsverhältnis bekannt geworden waren, hätte sie – und hier spielt § 167 Abs. 1 SGB IX eine wesentliche Rolle als Suchprozess für eine behinderungsgerechte Beschäftigung – tätig werden müssen. Dabei ist es unerheblich, welche Beeinträchtigung der Behinderung zugrunde liegt, entscheidend sind die Einschränkungen, die durch die Beeinträchtigung entstehen. Insofern spielt die Kenntnis des Arbeitgebers von einer „bestimmten Diagnose“ keine

---

<sup>3</sup> Vgl. Kohte, jurisPR-ArbR 2/2018 Anm. 1; Feldes in Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, 5. Aufl., § 167 Rn. 11; Düwell, jurisPR-ArbR 41/2023 Anm. 1; Rabe-Rosendahl, Beitrag B7-2022 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de); Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben/Greiner, 15. Aufl. 2024, SGB IX § 167 Rn. 5a; ErfK/Rolfs, 24. Aufl. 2024, SGB IX § 167 Rn. 1; vgl. auch bereits Nebe, Das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX zugunsten schwerbehinderter Auszubildender, Beitrag B6-2011 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de).

<sup>4</sup> Rn. 25ff; m. Anm. Düwell, jurisPR-ArbR 7/2024 Anm. 5; a. A. Fuhlrott, NZA-RR 2024, S. 166 f.

<sup>5</sup> EuGH v. 10.02.2022 - C-485/20 (HR Rail SA), Rn. 30 ff.; Düwell, jurisPR-ArbR 41/2023 Anm. 1; Rabe-Rosendahl, Pflicht zur behinderungsgerechten Beschäftigung auch in der Probezeit – Anmerkung zu EuGH-Urteil v. 10. Februar 2022, Az. C-485/20 (HR Rail SA); Beitrag B7-2022 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de).

Rolle; wenn dem Arbeitgeber bekannt ist, dass eine Behinderung vorliegt, ist es seine Aufgabe auf behinderte Beschäftigte zuzugehen und ggf. angemessene Vorkehrungen zur behinderungsgerechten Beschäftigung zu treffen. Eine Analyse, welche Anpassungen aufgrund einer Behinderung eventuell vorgenommen werden müssen, hat ebenso bereits im Rahmen des Arbeitsschutzes zu erfolgen.

## 2. Unterlassen von Präventionsmaßnahmen als Benachteiligung?

Wenn der Arbeitgeber einen schwerbehinderten Beschäftigten kündigt, ohne vorher ein Konfliktpräventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX durchgeführt zu haben, indiziert dies zumindest eine Benachteiligung wegen einer Behinderung. Eine benachteiligende Kündigung ist gemäß § 134 BGB unwirksam.<sup>6</sup>

In der Rechtsprechung ist bereits seit vielen Jahren anerkannt, dass ein Verstoß gegen die Arbeitgeberpflichten der §§ 164 ff SGB IX eine Benachteiligung nach § 164 Abs. 2, §§ 7, 3 AGG indizieren kann.<sup>7</sup> Bei der Frage der Versagung angemessener Vorkehrungen ist das Völkerrecht in Art. 2 UN-BRK sowie das Unionsrecht, aber auch das deutsche Recht in § 7 Abs. 2 BGG selbst, strenger: In der Versagung selbst liegt bereits eine Benachteiligung wegen einer Behinderung. Aus der oben vorgestellten Entscheidung lässt sich jedoch an der Argumentation des Gerichts erkennen – auch wenn sich das Arbeitsgericht hier nicht abschließend positioniert<sup>8</sup> –, dass sich die Rechtsprechung auch an dieser Stelle den völkerrechtlichen Vorgaben annähern und dem Recht auf angemessene Vorkehrungen die notwendige Durchsetzungsmöglichkeit zuerkennen könnte. Dass hier auch der Gesetzgeber tätig werden muss, zeigen nicht zuletzt die Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Germany (Abschließende Bemerkungen zum zweiten und dritten Staatenbericht Deutschlands) des UN-Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, in welchen die Bundesregierung angemahnt wird, die Versagung angemessener Vorkehrungen als eine Diskriminierungsform gesetzlich zu verankern.<sup>9</sup>

Auch wenn das Präventionsverfahren selbst keine angemessene Vorkehrung,<sup>10</sup> sondern vielmehr eine positive Maßnahme darstellt,<sup>11</sup> die das Recht auf angemessene Vorkehrungen insbesondere auch durch die Hinzuziehung der SBV und weiteren Interessenvertretungen sowie des Integrationsamtes flankieren soll, so bedeutet dies nicht, dass nicht bereits das Unterlassen des Präventionsverfahrens eine Benachteiligung darstellen kann. § 167 Abs. 1 SGB IX soll gerade behinderungsbedingte Risiken und

---

<sup>6</sup> Ausführlich hierzu: Nebe, RP Reha 2024, S. 20.

<sup>7</sup> Zu den verschiedenen Arbeitgeberpflichten z.B. BAG v. 20.01.2016 – 8 AZR 194/14; LAG Köln v. 23.08.2018 – 6 Sa147/18 weitergehend: BVerwG v. 03.03.2011 – 5 C 16.10 Ausführlich zu dieser Thematik: Feldes in Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, 5. Auflage 2023, § 165 Rn. 12 f.

<sup>8</sup> Rn. 22. Ebenfalls offengelassen: BAG v. 21.04.2016 – 8 AZR 402/14, Rn. 27.

<sup>9</sup> Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Germany, v. 08.09.2023, CRPD/C/DEU/CO/2-3, S. 3 f.

<sup>10</sup> So auch BAG v. 21.04.2016 – 8 AZR 402/14, Rn. 23.

<sup>11</sup> So auch Zimmer in Däubler/Beck, AGG, 5. Auflage 2022, § 5 Rn. 53.

Nachteile ausgleichen. Auch die Missachtung positiver Maßnahmen kann nach der Rechtsprechung des EuGH eine Benachteiligung wegen der Behinderung<sup>12</sup> darstellen.

### **3. Aufnahme einer Regelung des konkreten Verfahrensablaufs in einer Inklusionsvereinbarung**

Hervorzuheben ist auch der Hinweis des Gerichts, dass das Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX (ebenso wie auch das BEM für schwerbehinderte Beschäftigte) in Inklusionsvereinbarung nach § 166 SGB IX aufgenommen und ausgestaltet werden kann. Eine solche Inklusionsvereinbarung kann bereits für die ersten sechs Monate der Beschäftigung einen geregelten Verfahrensablauf vorsehen und auch für die Beschäftigten eine größere Transparenz und Rechtssicherheit hinsichtlich der Rechte und Pflichten des Arbeitgebers geben.

### **4. Praktische Konsequenzen**

Inzwischen wird überwiegend verlangt, dass auch während einer Probezeit das Konfliktpräventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX durchzuführen ist. Dies gibt jeder SBV die Chance, bei der Anhörung nach § 178 Abs. 2 SGB IX, die vor jeder Kündigung erforderlich ist, der Kündigung zu widersprechen und auf der Durchführung des Präventionsverfahrens zu bestehen.

---

Ihre Meinung zu diesem Fachbeitrag ist von großem Interesse für uns.  
Wir freuen uns auf Ihren Kommentar auf [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de).

---

---

<sup>12</sup> EuGH v. 09.03.2017, C-406/15 (Milkova), ZESAR 2017, S. 444 m. Anm. Porsche.